This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

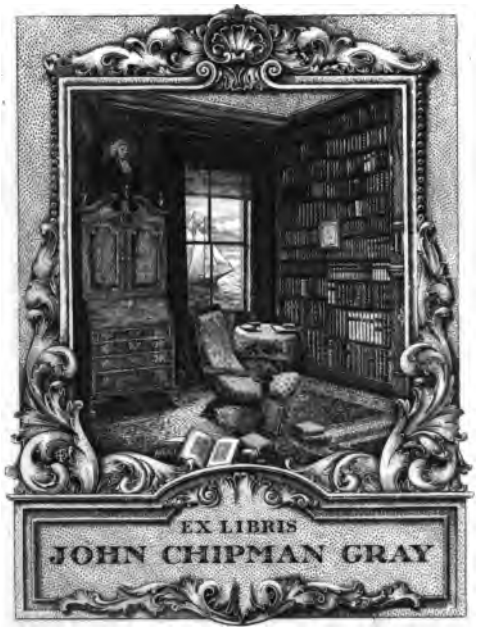
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
44 097 790 562

C



GERMANY

Der Besitz des Erben.

2nd copy

Der Besitz des Erben.

Von

2 copies

Dr. Konrad Cosack.

Weimar,
Hermann Böhlau.
1877.

For TK
C834

4/6/33
APR 6 1933

Vorwort.

Das im Entstehen begriffene Deutsche bürgerliche Gesetzbuch ist ein Werk von so hoher Bedeutung, daß es für geraume Zeit füglich der Mittelpunkt des juristischen Interesses sein sollte. Auch rein theoretische Studien, welche heutzutage im Gebiet des Privatrechts unternommen werden, würden geradezu unzeitgemäß sein, wenn sie nicht wenigstens mittelbar auf das größte gesetzgeberische Werk, das vielleicht jemals versucht ist, Bezug haben.

Unter den Problemen, welche schon jetzt Gegenstand eingehender Erörterung in der das Gesetzbuch vorberathenden Kommission geworden sind — vgl. den Separatabdruck Nr. 5 aus dem Reichsanzeiger, Berlin 1877, S. 29 — findet sich auch der Besitz des Erben an Sachen des Erblassers.

Die Kommission wird dies Problem wesentlich nach seiner praktischen Seite würdigen, wird namentlich erwägen, ob der Erbbesitz einem wirklichen Bedürfnisse entspricht, ob er die Interessen Dritter zu sehr gefährdet u. s. f. Diese Seite des Problems ist in der vorliegenden Abhandlung außer Ansatz geblieben. Der Verfasser war der Ansicht, daß nach dieser Richtung hin nur ein auf umfangreichen Erfahrungen fußender Praktiker eine Kritik des Erbbesitzes mit Erfolg unternehmen könne.

Die Kommission wird sich indeß auch der theoretischen Auffassung des Erbbesitzes nicht ganz entziehen können; und es scheint doch, daß diese weit schwieriger als eine praktische Würdigung des Rechtsinstitutes ist. Denn die Eigenartigkeit des Erbbesitzes liegt darin, daß derselbe eine Apprehension seitens des Erben nicht voraussetzt, und es ist zu sagen, daß keine der bisher aufgestellten Theorien — Ihering's Theorie nicht ausgenommen — uns einen Besitzbegriff gegeben hat, der nicht die Apprehension oder irgend einen andern Erwerbsakt zum Entstehen des Besitzes nach logischer Nothwendigkeit erforderte.

Die folgende Abhandlung hat es sich zur Aufgabe gestellt, den possessorischen Erbesschutz in der Rechtsgeschichte möglichst umfassend nachzuweisen und zugleich eine Konstruktion des Besitzbegriffs zu finden, die eine Entstehung des Besitzes ipso jure verständlich macht. Ihr Zweck würde erreicht sein, wenn sie in dem einen oder dem andern Stücke zu einer unbefangenen Behandlung des Erbbesitzes in dem deutschen Gesetzbuche einen Beitrag geliefert hätte.

Halle, April 1877.

Der Verfasser.

Inhalt:

Seite

I. Der Begriff des Erbbesitzes. § 1 1

II. Der Erbbesitz und das germanische Recht 25

1. Das deutsche Recht. § 2 25

2. Das anglo-normannische Recht. § 3 42

3. Das französische Recht. § 4 63

Anhang. § 5 71

III. Der Erbbesitz und die romanistische Wissenschaft 76

1. Allgemeines. § 6 76

2. Die Rechtsentwicklung in Deutschland. § 7 89

IV. Der Erbbesitz und die modernen Codifikationen 97

1. Das preußische Landrecht. § 8 97

2. Die andern Codifikationen. § 9 105

I. Der Begriff des Erbbesitzes.

§ 1.

Ein weitverbreiteter Rechtssatz gibt dem Erben eines Besitzers, auch bevor er selbst durch eigne Handlung sich des Nachlasses bemächtigt, possessorischen Schutz: man spricht alsdann von einer Vererbung des Besitzes. Der Darstellung dieses Rechtssatzes ist die folgende Abhandlung gewidmet.

Wir befinden uns dabei gleich anfangs in einer eignen Lage. Da ein Element des Besitzes der allgemein herrschenden Auffassung zu Folge die thatsächliche Macht über eine Sache ist, so ist seine Vererbung ein widersinniger Gedanke, und wir, die wir die Ausbildung dieses Gedankens in der Rechtsgeschichte verfolgen wollen, laufen Gefahr, von vornherein angebrachter Maßen abgewiesen zu werden, ohne daß man den Inhalt unserer weiteren Ausführungen einer Beachtung würdigt. In der That, kein Gesetz vermag einem begriffswidrigen Gedanken Wirklichkeit und Geltung zu verschaffen. So können wir denn nicht umhin, schon um die Instanz zu retten, der weiteren Darstellung eine Erörterung des Begriffs vorauszuschicken, den wir mit der Vererblichkeit des Besitzes verbinden.

Und zwar zunächst in ganz abstracter Weise, da unser Ergebniß einen Werth für alle positiven Gestaltungen des Besitzrechts haben soll und eben darum von keiner derselben abhängig sein darf [1]).

Es ist ein Hauptgrundsatz aller entwickelten Gesetzgebung, daß es Niemandem gestattet sei, die thatsächlichen Verhältnisse Anderer eigenmächtig zu stören; auf die Verhältnisse der Personen zu den Sachen bezogen, ist dies Verbot das Prinzip des Besitzschutzes [2]).

---

[1]) Literatur. Eine neuere Arbeit über den Erbbesitz im Allgemeinen und speziell über seine Beziehung zum Besitzbegriff fehlt. Auch unsere Monographien über den Besitz — die von Meischeider, „Besitz und Besitzschutz, Studien über alte Probleme", 1876, etwa ausgenommen — enthalten wenig darüber, und Bruns scheint seiner Erörterung geradezu aus dem Wege zu gehen, so nahe ihm eine solche durch Delbrücks und Heuslers Ausführungen, welche er sonst ja in seinen neueren Werken eingehend würdigt, gelegt war.

[2]) Wenn man will, also bloße utilitas. Daß dies in Wahrheit das Motiv für die Einführung des Besitzschutzes gewesen, sollte nicht bestritten werden; ganz etwas anderes ist es natürlich, dies Motiv zu rechtfertigen. Ob aber die bekannte Willenstheorie dies Ziel erreicht, ist doch sehr fraglich. Man sagt: der Wille des Besitzers würde durch jede Störung des Besitzes gekränkt; einem Hunde, aber nicht dem Menschen nehme man eigenmächtig fort, was er hat. Aber der Angreifer ist doch auch kein Hund, sein Wille ist grad so gut wie der des Besitzers und wird entschieden gekränkt, wenn dieser sich ihm widersetzt; sein Wille ist sogar als solcher viel besser, weil intensiver, häufig ist der des Besitzers überhaupt garnicht gegenwärtig. Wenn nun also doch der realisirte Wille dem nicht realisirten gegenüber geschützt wird, so folgt mathematisch klar — Wille ist auf beiden Seiten vorhanden! — daß das Plus auf Seiten des Geschützten nur in der Realisation liegen kann, d. h. darin, daß dieser den Status quo für sich hat. Warum wird nun aber der Status quo geschützt? Man sieht, daß wir uns in einem Zirkel bewegen — Windscheid (Pandekten, Aufl. IV S. 439) sagt zwar, aus der Gleichberechtigung des Willens Beider folge nicht, daß der Störer nicht Unrecht gethan. Als ob Jemand das behauptete! Gewiß hat er Unrecht gethan, und die Frage ist nur, warum seine

Freilich ohne alle Beschränkung durchgeführt wäre solch Prinzip völlig absurd. Ein Jeder steht zu jeder Sache in irgend einem Verhältniß, und diese sämmtlich gegen Störung sichern zu wollen hieße alle Bewegung auf Erden verbieten.

Wenn es sich nun darum handelt, eine Gruppe solcher Verhältnisse auszuscheiden, die allein den Besitzschutz genießen soll, so ist eine doppelte Methode dabei anwendbar. Entweder nämlich bezeichnet das Gesetz das so zu bevorzugende Verhältniß seinem faktischen Gehalt nach bestimmter, — es privilegirt z. B. dasjenige, welches die gegenwärtige Möglichkeit ausschließender Herrschaft über eine Sache gewährt —, oder aber es verlangt, daß zu demselben noch weitere Umstände — Freiheit des Subjects, Titel bei Begründung des Verhältnisses u. s. f. — hinzutreten, die dasselbe an sich seinem Inhalt nach nicht bestimmen oder modifiziren. Der charakteristische Unterschied der beiden Methoden ist, daß die zweite einem und demselben Verhältnisse unter Umständen Schutz gewährt, unter Umständen Schutz versagt, was bei Anwendung der ersten nie der Fall sein kann.

So hat — bei Verbindung der beiden Methoden namentlich — die Rechtsbildung in der rationellen Beschränkung des Besitzschutzprinzips einen weiten Spielraum, und wenn wir das thatsächliche Verhältniß, welches schließlich nach den einzelnen positiven Rechten unter weiteren

---

Handlung unrecht ꝛc. — Gegen Bruns' neueste Formulirung (die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechtes 1874, S. 273 ff.) s. Pernice Ztschr. f. Handelsr. XX S. 634. Gegen Ihering ist doch entscheidend, daß auch liquide petitorische Einreden gegen die Besitzklage nicht zugelassen werden; secundär hat natürlich auch sein Präsumptionsprinzip ein Motiv zum Besitzschutz abgegeben.

Vorausſetzungen oder ſchon an ſich ſelbſt Schutz gegen Eigenmacht genießt, Beſitz nennen, ſo erſcheint derſelbe als ein umfaſſender Begriff, der erſt als römiſcher, normänniſcher, preußiſcher Beſitz beſtimmter auftritt.

Der Beſitz iſt nun zwar niemals ein Recht — wie ſoll auch eine Thatſache jemals zu einem Rechte werden? — aber er iſt Gegenſtand eines Rechtes und als ſolcher auch Thatbeſtand oder wenigſtens Hauptelement des Thatbeſtandes für Entſtehung und Fortdauer eines Rechtes.

Als ein dauerndes Verhältniß kann der Beſitz natürlich nur ganz zeitweiſe unverändert bleiben; ſchon jede Ortsveränderung der Perſon oder der Sache muß ihn modifiziren. Wenn er nun aber trotzdem in ſeinen mannigfachen Geſtaltungen Schutz genießt, ſo müſſen jene Veränderungen und ſomit die Elemente im Beſitze, welche ſolchen Veränderungen unterliegen, unweſentlich ſein. Mit andern Worten, poſitiver ausgedrückt, heißt das: in dem jeweilig realiſirten Beſitz iſt ein zu Grunde liegendes gleichmäßiges Verhältniß auf der einen und eine Reihe wechſelnder Umſtände auf der andern Seite, iſt ſo zu ſagen eine einheitliche Subſtanz und eine Mehrheit von Accidenzen zu unterſcheiden, und das Vorhandenſein jener Subſtanz iſt für den Beſitz und ſeinen Schutz allein erheblich, das der Accidenzen nicht. Die Hauptaufgabe aller Beſitztheorie muß es ſein, für jedes poſitive Recht dieſe Scheidung mit aller Klarheit durchzuführen.

Wie nun aber, wenn kraft poſitiver Feſtſetzung Accidenzen, die als ſolche nach dem Geſagten für die Fortdauer des Beſitzes unweſentlich ſind, für den Beſitzſchutz weſentlich, d. h. zu ſeiner Vorausſetzung, zu Theilen ſeines Thatbeſtandes gemacht werden? Iſt dies alsdann ein

Ausfluß der zweiten von uns oben gezeichneten Methode, spielen diese Accidenzen dann lediglich die Rolle von äußerlich zum Besitz hinzutretenden Umständen, die ihn nicht thatsächlich, sondern nur seiner rechtlichen Wirkung nach qualifiziren?

Diese Frage bildet den Angelpunkt unserer ganzen Kritik der herrschenden Besitztheorie. Wir meinen, die Antwort darf keine einheitliche sein.

Der Besitz ist ein dauerndes Verhältniß und hat als solches einen gleichmäßig fortdauernden, wenn auch noch so bedeutungslosen Inhalt. Wenn nun das Gesetz außer diesem zeitweilig noch ein gewisses Plus, eine ganz bestimmte Gestalt dieses Verhältnisses nämlich, verlangt, so ist zu erwägen, ob diese seine zeitweilige Gestalt die zu Grunde liegende Substanz des Verhältnisses, ob sie also dieses Verhältniß selbst als ein dauerndes, bestimmt und charakterisirt, ob mithin der wechselnde Inhalt desselben, nur aus thatsächlichen Gesichtspunkten beurtheilt, als ein einheitliches Ganze erscheint, oder aber ob alles dies nicht der Fall ist. Die erste Alternative trifft beispielsweise zu, wenn ein Gesetz den Besitz als das normale Verhältniß eines Eigenthümers zur Sache bestimmen würde; es hieße die natürliche Einheit eines zusammengesetzten Verhältnisses zerstören, wenn man hier unter Besitz nur das Dauernde in demselben — etwa die fortdauernde Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache — verstehen, die wenigstens zu Zeiten erforderliche Benutzung dieser Möglichkeit aber, die Zeichen, daß der Besitzer sich um die Sache bekümmert, u. s. f. nur als weitere, positive Voraussetzungen des Besitzschutzes auffassen würde. Ebenso willkürlich wäre es aber andererseits, da, wo das Gesetz nur einmalig, eingangsweise z. B., eine bestimmte Gestalt des

Schutz begehrenden Verhältnisses verlangte, eine künstliche Einheit construiren zu wollen, wennschon dies Verhältniß als ein dauerndes genau den nämlichen Inhalt, den nämlichen Charakter, das nämliche Aeußere ohne diese eine einmalige besondere Gestaltung haben würde.

So verschieden wie der Besitz kann nun natürlich auch sein Schutz normirt sein. Als dingliches Recht, Herausgabe der Sache von jedem Inhaber zu verlangen, mußte es sich zum Mindesten den Gegenbeweis gefallen lassen, daß der ältere Besitz, auf Grund dessen die Forderung erhoben wird, nicht durch Eigenmacht verloren gegangen. Dem Zweck des Instituts angemessener ist es wol, die Eigenmacht selbst zum Klagegrunde zu machen, und fraglich bliebe es bloß, ob man sich auch auf die Eigenmacht eines Andern als des Inhabers berufen dürfte. Kläger hätte alsdann zwar kein dingliches, wohl aber ein gegen Jedermann gerichtetes, d. h. absolutes Recht auf Unterlassung aller Eigenmacht gegen den Besitz. Seine Klage wäre freilich im Effect schließlich, wie alle andern und wie die dinglichen Klagen auch, in personam, gegen eine bestimmte Person gerichtet, von vorneherein wäre sie aber unbestimmt, gegen Jedermann, in rem[3]).

[3]) Der Besitzer „hat gegen Jeden, der sein Besitzrecht verletzt... eine gewöhnliche Klage auf Schutz im Besitz". Eck, „Die doppelseitigen Klagen" S. 58; cf. auch schon Glück II S. 585. Ueber frühere Ansichten s. Meischeider S. 40 ff.; Savignys Auffassung des Besitzrechts ist jedenfalls nicht ganz klar. Wenn man freilich die Kategorie des absoluten Rechts, die heut für die Construction des Urheber- und Firmenrechts, des Rechts auf Markenschutz u. s. f. ganz unentbehrlich erscheint, nicht zur Anwendung bringen will, wird man auch dem Besitzrecht gegenüber in Verlegenheit sein. So erklärt es sich, daß man es früher ganz allgemein für ein dingliches Recht ausgab, und heut erst aus der Verletzung entstehen läßt, als ob nicht die Verletzung bereits ein Recht voraussetzte, das verletzt wird.

Dieſer Schutz des Beſitzes kann nun aber noch eine ganz beſondere Geſtalt annehmen. Zunächſt iſt das Beſitzrecht auf ſo eigenthümlich ſelbſtändigen Grund geſtellt, daß es nicht nur da, wo nach ſonſtigen Grundſätzen ein Rechtsſchutz nicht ſtattfindet, einen ſolchen vermittelt — dies iſt bei ziemlich allen Rechten der Fall —, ſondern auch da, wo nach allgemeinen Grundſätzen ſogar das Gegentheil eines Rechtsſchutzes eintreten, wo es ſich um entſchiedenes Unrecht handeln kann. Zwar braucht der Thatbeſtand des Beſitzrechts nicht bloß ein nacktes Factum zu ſein; aber ſeine zahlreichen juriſtiſchen Erforderniſſe werden ſeine Fehlerloſigkeit und Legalität nur in geringem Grade garantiren. Nun iſt auch dies noch nichts ſinguläres: faſt jeder Rechtsſatz, ſtarr und unbeugſam auf alle Verhältniſſe angewandt, ſtößt gegen ein anderes Rechtsprinzip an und ſchützt auch das Unrecht. Aber es iſt die Regel, daß die Rechtsordnung zwei ſo entgegengeſetzte Prinzipien unter ſich ausgleicht, indem ſie, ſoweit der Widerſpruch geht, das eine dem andern opfert, wozu denn prozeſſualiſch die Einrede als Mittel dient. Möglich iſt es aber auch, daß die Rechtsordnung den Widerſpruch beider Prinzipien an ſich nicht aufhebt, daß ſie ihn ſogar zu einem organiſchen Elemente ihres Syſtemes macht; ein Ausgleich freilich muß irgendwie ſtattfinden, und ein Mittel, das ſich wie von ſelbſt dazu darbietet, iſt, daß beide Prinzipien in ſtreng getrenntem prozeſſualiſchen Verfahren verhandelt werden, von denen das eine einen proviſoriſchen und darum wol ſtets ſummariſchen Charakter hat, das andere aber die definitive Entſcheidung bringt. Das kennzeichnende Merkmal dieſer Methode iſt die Ausſcheidung aller oder doch der hauptſächlichen Einreden auf Grund des einen

Prinzips gegen das andere[4]); und zwar entweder bloß aus prozessualischen Rücksichten, um das Verfahren zu beschleunigen, wo dann alle in continenti liquiden Einreden zugelassen werden, oder aber ganz streng durchgreifend aus einem materiell-rechtlichen Grundsatz, wo selbst derartige Einreden ausgeschlossen sind. Indem nun diese Art des Rechtsschutzes vorzugsweise beim Besitze Anwendung findet, kann man sie a potiori als possessorischen Schutz bezeichnen[5]).

Dies wären die Hauptpunkte, die bei einer abstracten Besitztheorie in Frage kämen. Ein erstes Ergebniß der bisherigen Untersuchung für das Problem, dessen Lösung uns hier obliegt, wäre nun zunächst der unzweifelhafte Satz, daß das, was wir Besitz nennen, nicht vererblich sein kann, denn eine Successsion hat einer Thatsache gegenüber überhaupt keinen Sinn[6]). Aber auch das Besitzrecht

---

[4]) Wenn das römische Prozeßrecht sogar die Einreden aus besserem Besitz, d. h. der possessio juris, zum selbständigen Gegenprozeß verwies, (Eck, S. 55 f.), so hat das natürlich einen andern Grund.

[5]) a potiori, während der herrschende Sprachgebrauch den Ausdruck wörtlich nimmt. Aber es liegt auf der Hand, daß das nämliche Prinzip zur Anwendung kommt, wo nur immer das bessere Recht dem schlechteren gegenüber vorläufig weichen muß. Wie einerseits ein petitorischer Schutz des Besitzes möglich ist — man denke an die condictio possessionis! — so erscheint uns auch, sit venia verbo! ein possessorischer Schutz des Eigenthums denkbar, wenn z. B. gegen den eingetragenen Eigenthümer Pächter, Miether, Servitutberechtigte nicht aus ihrem Recht excipiren dürfen. Ebenso müssen wir mit den älteren Juristen (z. B. Seuffert, Pandekten § 583), mit Brinz (Pandekten S. 704) und Ihering (Ueber den Grund des Besitzschutzes S. 66 ff.) die interdicta adipiscendae possessionis für possessorisch erklären. Die Frage, welche Einreden gegen die condictio zulässig, ist übrigens zweifelhaft; s. Bruns, Besitz im Mittelalter, S. 32, Klagen S. 203 ff.; Ihering S. 138; Windscheid § 161 [7 8].

[6]) Vererblichkeit und Successsion im juristischen Sinne genommen. Wenn man Krankheiten und andere thatsächliche Verhältnisse vererblich nennt, so ist der wesentliche Unterschied von der Besitzvererbung der,

ist unvererblich; denn da es zum Inhalt das Verbot der Eigenmacht gegen ein bestimmtes Verhältniß seines Trägers zu einer bestimmten Sache hat, so hätte es, auf dessen Erben übergegangen, ein Nichts zum Gegenstande [7]).

Kann nicht aber mit dem Moment des Todes eines Besitzers ein neues Besitzrecht für den Erben entstehen?

Das Besitzrecht hat zur Voraussetzung neben Anderem den Besitz. Diesen, als ein thatsächliches Verhältniß kann kein Rechtssatz schaffen, und so muß beim Erben dieses Verhältniß zum Nachlaß bereits vorhanden sein oder doch durch das Freiwerden desselben mit dem Tode des früheren Herren ipso facto entstehen, wenn er das Besitzrecht haben soll. Der Erbfall wäre dann nur die weitere juristische Voraussetzung, unter der ein solches Verhältniß Schutz genösse. Ist solche Annahme nun aber begrifflich unmöglich? Unzweifelhaft steht doch der Erbe zu einer jeden Sache, die sein Erblasser besaß, in einem thatsächlichen Verhältniß, dessen Erhaltung von ebenso unzweifelhaftem Interesse für ihn ist. Nun stört aber doch jeder Eingriff eines Dritten in den Nachlaß dies Verhältniß, und ein Schutz gegen solche Eingriffe hat seinen guten Sinn. Ob Erbe dadurch freilich ein Besitzrecht, wie sein Erblasser es hatte, bekommt, hängt natürlich davon ab,

---

daß jene in einzelnen Fällen, wie die ärztliche Untersuchung z. B. ergiebt, faktisch eintritt, daß diese dagegen ipso jure d. h. von allen thatsächlichen Verhältnissen abgesehen, eintreten soll. Das Widersinnige in dem Begriff der Besitzvererbung liegt aber in dem „soll".

[7]) Läßt man das Besitzrecht erst mit der Besitzstörung entstehen, so ist es als solches natürlich vererblich, aber in ganz anderm Sinne. Eine Succession in den Besitz selbst haben bis jetzt wol nur Brinz (possessionis traditio, Jahrb. des gem. Rechts III S. 16 ff. 31) und Esmarch (vacuae possessionis traditio) S. 18 ff. angenommen, von den ältern Vertheidigern der Besitzvererblichkeit abgesehen.

wie das betreffende Gesetz das Besitzrecht normirt. Aber diesem verwandt wird das Recht des Erben immer sein, und wenn es mit Ausschluß petitorischer Einreden sogar ein besseres Recht vorläufig besiegt, so ist sein Schutz offensichtlich ein possessorischer.

Dieser ganze Entwurf einer abstrakten Besitztheorie wird nun an sich nicht leicht Widerspruch finden, eben weil er abstrakt gehalten ist und allen Einzelansichten nicht präjudizirt. Auch die herrschende Definition der possessio steht ihr nicht entgegen; dieselbe engt, nach der ersten der eingangs von uns entwickelten Methoden, das thatsächliche Verhältniß, welches Schutz genießen soll, dahin ein, daß es eine gegenwärtige reelle Macht über die Sache sein muß. Der Erbbesitz würde zu ihr freilich nicht passen, aber er würde sich dadurch nur als eine andere Art des Besitzes darstellen, dessen Verwandtschaft mit der possessio nach Maßgabe unsrer allgemeinen Theorie leicht ersichtlich ist.

So widersprechen sich possessio und Besitz an sich nicht. Wir meinen aber trotzdem, daß erstere, auf die von uns entwickelte Skala der Besitzesarten gestellt, doch erheblich anders erscheint, als die herrschende Lehre ihn darstellt.

Es ist da zuerst befremdlich, daß man stets nur von possessio, nie vom jus possessionis redet und ebendarum, weil man an das Letztere kaum denkt, ganz unbefangen possessio und proprietas wie coordinirte Begriffe einander entgegen setzt. Natürlich drängt sich der Begriff eines Besitzrechts namentlich dem modernen Juristen von selbst auf. Aber er tritt so vor seinem eignen Thatbestande in den Hintergrund, daß man an eine nähere Untersuchung sei-

nes Wesens gar nicht denkt und wohl gar Besitz und Besitzrecht identifizirt.

Daraus erklärt sich auch die eigenthümliche Schroffheit, mit der die herrschende Lehre die wichtigsten Sätze ihrer Besitztheorie für logisch nothwendige Konsequenzen des Besitzbegriff's ausgiebt und jede positive Aenderung derselben ablehnt. Denn natürlich, ein thatsächliches Verhältniß kann vom Gesetze nicht nach Willkür gemodelt werden.

Daran aber, daß diese Thatsache an sich dem Rechte ganz gleichgiltig ist, daß sie nur durch ihre juristischen Folgen für dasselbe Bedeutung hat, daß es also nur darauf ankommt, ob diese nämlichen Folgen, nicht auch mit einer andern Thatsache verknüpft werden könnten, daran denkt man nicht.

So erklärt sich auch umgekehrt der Versuch, für das ganze Gebiet, wo das Recht des deutschen Erbschaftserwerbes gilt, den Erbbesitz zu deduciren. In Deutschland wurden an einen gewissen Thatbestand, und zwar mit einer bevorzugenden Ausnahme für den Erben bestimmte Folgen geknüpft; nun verbindet ein neues Gesetz unter Aufhebung des alten Rechts mit einem ähnlichen Thatbestande völlig andere Wirkungen; aus welchem denkbaren Grunde soll nun auch für das neue Gesetz die Ausnahmestellung des Erben fortgelten? Nun sagt man, es sei eben der Inhalt des deutschen Erbschaftserwerbsrechts, daß die Gewere auf den Erben ipso jure überginge. Die Gewere sei aber Besitz[8]) und im heutigen Rechte könne man nicht deutschen und römischen Besitz unterscheiden. Das heißt nun aber doch nichts Anderes als: nach deut-

[8]) Ein Satz, der uns übrigens bei einem Anhänger der herrschenden Lehre von possessio und Gewere ganz unverständlich ist. S. S. 31 [16].

ſchem Recht genießt der Erbe gewiſſe Vortheile, die neuerdings fortgefallen ſind; es müſſen alſo andere Vortheile an deren Stelle getreten ſein, und zwar am füglichſten diejenigen, welche ihnen im neueren Recht am ähnlichſten ſind. Man fragt, warum müſſen ſie das? und die Antwort iſt, weil Gewere gleich possessio, d. h. weil der Thatbeſtand beider Vortheile ähnlich iſt. Dawider wird aber die Entgegnung genügen, daß die Verwandtſchaft der Rechtsinſtitute nicht von ihren Vorausſetzungen, ſondern von ihrem Rechtsinhalte abhängt und daß alſo die Frage nicht iſt, ob Gewere und possessio, ſondern ob das Recht der Gewere und das jus possessionis zuſammenfallen. Dieſes wird aber Niemand behaupten.

In gleicher Weiſe erklärt ſich endlich, daß man den ganzen Beſitzſchutz für etwas ganz wunderbares und völlig ſinguläres anzuſehen gewohnt iſt, und erſt neuerdings hat man es ausgeſprochen, daß er dem Schutze des Eigenthum's viel ähnlicher ſei als man denke [9]). „Die nackte Thatſache wird geſchützt. Der Beſitz als ſolcher ohne Recht!" Im Gegentheile. Iſt einmal der Beſitz ohne Recht, ohne jus possessionis — der Beſitzer iſt z. B. ein Sklave, das beſeſſene Grundſtück locus religiosus — ſo wird er durchaus nicht geſchützt. Die nackte Thatſache iſt eben nicht mehr nackt, wenn ihr die Interdikte zu Theil werden, ſondern ſie iſt in das Recht des Beſitzes gehüllt. Man hätte alſo ſagen ſollen, daß die nackte Thatſache ein Recht hervorbringe; dann wäre aber freilich die Singularität mit einem Male verſchwunden, denn man hätte ſich erinnert, daß das Backen eines Brodes, das Einfangen eines Haſen gewiß nackte Thatſachen ſeien und doch auch

[9]) Bruns, Klagen S. 272.

Rechte erzeugten. Singulär freilich blieb der römische Besitzschutz immer. Aber der Grund war, daß, ungeachtet bessere Rechte auf die fragliche Sache vorhanden waren, als das jus possessionis, dennoch Einreden aus diesen für unzulässig galten. Nicht also, daß der Besitz geschützt wird, sondern daß er possessorisch geschützt wird, darin liegt das Singuläre.

Aber auch abgesehen davon, daß für uns das Besitzrecht und nicht der Besitz im Vordergrunde steht, wir können auch in der Hauptsache, in der Bestimmung des Besitzbegriffes selbst, der herrschenden Lehre nicht beipflichten. Der Kritik, welcher wir diese unterziehen wollen, müssen wir einige allgemeine Bemerkungen vorausschicken: es sind das Sätze, mit deren Annahme oder Verwerfung unsere Kritik der herrschenden Besitzlehre steht und fällt.

Das Recht hat über Thatsachen keinerlei Macht; es kann dieselben nur benennen und bestimmt bezeichnen; ob dann das, was es benennt oder bezeichnet, im einzelnen Fall vorhanden ist, das ist lediglich quaestio facti, nicht juris.

Man nehme nun an, irgend ein Gesetz knüpfe eine gewisse Rechtsfolge an eine Thatsache, die dasselbe seinem faktischen Inhalt nach genau bestimmt, statuire die gleiche Folge aber auch unter Umständen, wo faktisch jene Thatsache nicht vorhanden zu sein braucht. Man wird in diesem Fall schwerlich eine direkte Antinomie annehmen; man wird aber auch andererseits, falls das Gesetz die letzteren Umstände mit dem gleichen Namen, wie jene Thatsache belegt, dies zweifellos für unmaßgeblich erklären. Das Gesetz kann durch solche Benennung nicht bewirken, daß verschiedene Thatumstände gleich seien.

Nun steht aber der Jurisprudenz ein doppelter Aus-

weg frei. Entweder stellt sie die verschiedenen Voraussetzungen der einen Rechtsfolge selbständig nebeneinander, nennt die eine vielleicht die normale, regelmäßige, die andere die ausnahmsweise, abnorme, oder aber sie hebt aus ihnen ein vielleicht gemeinsames Moment hervor und läßt, was an ihnen verschieden ist, als accessorisches Erforderniß dazutreten. In dem besonderen Falle, daß etwa die Jurisprudenz ihr System nicht nach dem Inhalt der Rechte und Rechtsfolgen, sondern nach der Art der thatsächlichen Voraussetzungen derselben ordnete, würde sie in ähnlicher Weise die beiden Thatbestände, entweder als zwei selbständige Rechtsinstitute oder aber als Arten eines Rechtsverhältnisses konstruiren. Für die Besitztheorie und ihre Kritik ergibt sich hieraus nun Folgendes.

Der Besitz ist eine Thatsache, vielleicht eine juristisch vielfach qualifizirte, aber doch immerhin einem seiner Momente nach eine Thatsache.

Wenn nun ein Gesetz durch eine ganze Reihe concreter Festsetzungen eine größere Anzahl von Fällen des Besitzes aufführt, so ist einfache logische Nothwendigkeit, wenn der Begriff des Besitzes klargestellt werden soll, bestimmt zu scheiden, welches thatsächliche Moment allen diesen Fällen gemeinsam ist und was in den einzelnen Beispielen von besonderen Thatumständen vorkommt. Da nun aber offensichtlich zwei Thatsachen nicht gleich sind, wenn in der einen ein Moment fehlt, was der andern wesentlich ist, so kann der Begriff des Besitzes, soll er anders ein einheitlicher sein, nur jenes allen concret bezeichneten Fällen Gemeinsame umfassen und begreifen, alles andere ist unerheblich oder weitere juristische Voraussetzung dafür, daß der thatsächlich vorhandene Besitz auch rechtlich geschützt werde. Nennt nun trotzdem ein Gesetz

„Beſitz" jenes allen Beſitzfällen gemeinſame faktiſche Moment nur dann, wenn daſſelbe in Verbindung mit einem der acceſſoriſch in einzelnen Fällen geforderten Thatumſtände auftritt, ſo iſt das an ſich ſo gut, wie jede andere Terminologie zuläſſig. Nur iſt damit die Einheit des Beſitzbegriff's aufgegeben, nud es wird Aufgabe der Theorie ſein, die Beſitzesarten alsdann zu trennen und zu entwickeln.

Nun bezeichnet die Savigny'ſche Theorie als thatſächlichen Inhalt des Beſitzes die faktiſche Herrſchaft einer Perſon über eine Sache cum animo domini.

Iſt dies thatſächliche Moment wirklich in allen den concreten Fällen gegeben, in denen die Römer den Beſitz als vorhanden bezeichnen?

Es wäre nun freilich plump, ſtets einen ſinnlichen Ausdruck dieſer Herrſchaft zu verlangen. Der Bauer, der von ſeinem Acker einen Augenblick auf die Straße tritt, verliert darum ſeine Macht über das Stückchen Land keinenfalls. Aber dieſe Befreiung des Beſitzes von ſeinen körperlichen Banden, dieſe ſeine Civiliſirung hat ihre nahen Grenzen; ſie darf nicht zur Fiction werden.

Dieſe Macht muß doch mehr ſein, als die bloße Möglichkeit der Einwirkung auf eine Sache; denn dieſe hat am Ende Jeder; mindeſtens die gegenwärtige Möglichkeit dazu muß ſie ſein. Aber wie? Wenn jener Bauer heimwärts geht, iſt da noch von ſolcher Gegenwart die Rede? Iſt die des Nachbars nicht viel gegenwärtiger, der auf dem anſtoßenden Acker noch weiter arbeitet? Und iſt nicht nach poſitivem Rechte, doch jener und nicht dieſer Beſitzer? Und wie wunderlich! Der zweite ſchreitet bei dunkler Nacht gleichfalls durch die Felder nach Haus; hier gehört ihm ein Stück Land und dort, doch kann er

sie nicht mehr unterscheiden, und er weiß viel, wo er ist. Und dennoch, in buntem Wechsel, wie er weitergeht, hat er bald die thatsächliche Macht über das anstoßende Land, bald nicht.

Und nun höre man weiter! Der Besitz hört nicht auf an vergrabenen Schätzen, wenn auch der Ort, wo sie liegen, vergessen ist, nicht an den Alpenwiesen, die den ganzen Winter hindurch allem Verkehr unzugänglich! Ein Grundstück bleibt in meiner thatsächlichen Gewalt, wenn ein Dritter dasselbe heimlich okkupirt, und wenn der Dritte mein Sklav ist, kann er mich sogar aus demselben herauswerfen, ohne meiner Macht über Letzteres Abbruch zu thun! Der Sklave selbst vollends entrinnt meiner Herrschaft nicht, er mag fliehen soweit er will, und eine Sache, die er etwa auf der Flucht apprehendirte, stände gleichermaßen alsbald in meiner thatsächlichen Gewalt[10])!

Daß das Alles höchst seltsam, haben auch unbefangene Juristen längst schon anerkannt, aber erst Ihering hat darum, wie es doch nothwendig, mit der alten Theorie gebrochen. Die meisten Andern suchen zu vermitteln[11]).

Man hört da von einem favor retinendae possessionis, utilitatis causa. Das heißt aber doch nichts anderes, als: es wird ein Verhältniß, um dasselbe zu schützen, Besitz genannt, das nicht Besitz ist; die Klage und das dahinter

---

[10]) l 44 pr. § 2, l 3 § 11, l 6 § 11, l 46, l 40, l 15, l 50 § 1 h. t. (de a. v. a. poss.) 41. 2.

[11]) Man sollte meinen, Iherings Abhandlung über den Besitz hätte diese Streitfrage definitiv erledigen können, denn in ihrem kritischen Theile erscheint sie, einzelnes Unwesentliche abgerechnet, ganz unwiderleglich. S. namentl. a. a. o. S. 160 ff. Statt dessen hat Windscheid z. B. neuerdings sogar einen Theil früherer Zugeständnisse zurückgezogen. S. Aufl. III § 156 [2]. IV § 156 [4].

ſtehende Recht gehen hier alſo auf Erhaltung eines ganz andern Zuſtandes und haben einen andern Inhalt als Beſitzklage und Beſitzrecht; man ſchafft alſo unter altem Namen eine neue Klage und ein neues Recht. Ob dies neue Inſtitut nicht aber vielleicht das alte völlig verdrängt hat, ſo daß dieſes neben ihm gar keine ſelbſtändige Geltung mehr hat, danach fragt man nicht; und ebenſowenig denkt man daran, nun einmal poſitiv zu ſagen, was denn eigentlich das Verhältniß in Wirklichkeit ſei, was man in favorem possessoris fälſchlich Beſitz nennt[12]).

Sehr beliebt iſt ſodann der Satz, daß das geiſtige und das körperliche Moment in der thatſächlichen Herrſchaft über eine Sache in ihr Gegentheil verkehrt werden müßten, damit Letztere verloren ginge. Soll das eine poſitive Vorſchrift ſein? Der Beſitz iſt doch eine Thatſache, und wenn dieſe Thatſache faktiſch nicht vorhanden iſt, hat es keinen Sinn, den Beſitz als vorhanden anzunehmen! Die Frage iſt alſo, ob denn in Wahrheit, den wirklichen Verhältniſſen gemäß, irgend ein Faktum erſt mit dem Eintritt ſeines Gegentheils zu exiſtiren aufhörte. Als ob Waſſer immer noch ſiedend bliebe, bis ſeine Temperatur von 100° bis zum Nullpunkt geſunken! Freilich iſt richtig: es gehört mehr dazu, eine Macht zu erwerben, als ſie zu erhalten; ein Schloß, das erbrochen werden muß, um eine Sache aus dem Verſchluſſe zu nehmen, braucht nicht offen zu bleiben, damit die Sache nicht verloren geht. Aber ebenſo richtig iſt doch auch das Andere: die Macht über einen Gegenſtand fällt fort ſchon lange, ehe das Gegentheil von ihr, ehe die Unmöglichkeit einer Ein-

[12]) S. Bruns, Der ältere Beſitz und das possessorium ordinarium (Becker's und Muther's Jahrb. IV.) S. 38 ff.

wirkung auf denſelben eingetreten iſt. Die römiſche Lehre von dem in contrarium agi des corpus oder animus iſt eben einfach unrichtig und wird auch neuerdings ſelbſt von Anhängern der herrſchenden Lehre fallen gelaſſen[13].

Die Wendung endlich, der Beſitz ſei keine einfache Thatſache, ſondern zugleich ein „Rechtsding", iſt nichts als das Anerkenntniß, daß man nicht wiſſe, was eigentlich der Beſitz ſei. Thatſache und Recht ſind zwei Begriffe, die, wie man ſie auch wenden mag, mit einander nichts gemein haben, zwiſchen denen alſo weder Miſchung noch Uebergang ſtattfindet. Auch dieſe Wendung kann nichts erklären.

Nach Allem ſcheint es alſo unabweislich, daß die herrſchende Theorie dem römiſchen Recht, wie es uns poſitiv überliefert iſt, nicht genügt, mithin iſt ſie fallen zu laſſen, und die Frage iſt nur, was denn ſonſt der Sinn der possessio ſei. Wir meinen, die Frage muß eine Antwort finden, das Weſen des Beſitzes muß ſich in eine Formel faſſen laſſen können[14]).

Ihering's geiſtreiche Beſitztheorie will ſolch eine Formel geben. Sie iſt an ſich mit unſerm allgemeinen Beſitzbegriff gewiß vereinbar, iſt auch ungemein anſprechend und legislativ ſicher gerechtfertigt. Aber Ihering hat uns

---

[13]) Selbſt Puchta, Vorleſungen S. 283 gibt zu, daß es ſich hier nicht um ein Prinzip, ſondern um Nützlichkeitsrückſichten handle. Auch Savigny, Recht des Beſitzes S. 329 geſteht zu, daß zur Fortdauer des Beſitzes ein minderer Grad der Macht genüge, als zur Begründung. Aber man wolle dann dieſen Grad näher beſtimmen! Denn der Beſitz (ein dauerndes Verhältniß) iſt eben die Macht minderen Grades; auf dieſen kommt es alſo in erſter Linie an, auf den höheren erſt in zweiter.

[14]) Man hat ſchon an ſolcher Möglichkeit gezweifelt und gar geſagt, daß das Weſen des Beſitzes ſich beſchreiben, nicht definiren laſſe. Brinz I p. 74. S. Meiſcheider p. III.

nicht überzeugen können, daß seine Lehre dem positiven römischen Rechte entspricht[15]). Wir meinen vielmehr, daß Windscheid das Verdienst gebührt, den richtigen Weg zur Klarstellung des Begriffs der possessio gewiesen zu haben. Der Besitz ist nach Windscheid „ein beliebig reproduzirbares oder sich von selbst reproduzirendes Verhältniß", das mit „Recht dem gegenwärtigen gleichgestellt" werde[16]). Nur scheint uns eine zwiefache Modifikation dieser Definition geboten.

Zunächst scheint ein beliebig produzibles Verhältniß, welches, in seiner Dauer genommen, mit dem reproduzibeln in der That identisch ist, gerade wie dieses dem gegenwärtigen gleich zu stehen. Das ist reine quaestio facti, ohne daß hier Rechtsvorschriften mitzusprechen hätten: ich stehe offenbar zu einem Gegenstande, der vor mir liegt, im nämlichen Verhältniß, gleichviel, ob ich denselben schon beispielsweise einmal aufgehoben habe oder nicht. Wird der Besitzschutz daher an einmalige wirkliche Produktion der Macht geknüpft, so erscheint diese Produktion als äußerliche Zugabe, die nach Rechtsvorschrift zu dem dauernden Inhalt, zu der Substanz des zu schützenden Verhältnisses hinzutreten muß, wenn dasselbe wirklich Schutz haben will.

Ferner ist aber doch Windscheid's Satz nur dann richtig, wenn man das Wort „beliebig" ernst nimmt; alsdann wird sich aber zeigen, daß er zur Erklärung des

---

[15]) Gegen Ihering namentlich Bruns, Klagen S. 274 ff. und passim, wogegen Förster's Kritik (Theorie und Praxis des Pr. Privatrechts III S. 13) ihre Wirkung ziemlich verfehlen wird. Merkwürdig übrigens durch ihre Verwandtschaft mit Ihering's Theorie ist eine Stelle in Reeves hist. of the Engl. Law I. p. 177: As seizin was the prima facie evidence of right, the law would not allow it to be violated on pretence of any better right.

[16]) Windscheid, Aufl. IV. § 156 Note 4.

Falles der heimlichen Occupation, der saltus aestivi nicht genügt. Ja selbst der schlafende Besitzer würde diesem Satze zu Folge seinen Besitz verlieren, wenn er nicht einen wachenden Stellvertreter hat, es wäre denn, daß er beliebig aufzuwachen im Stande wäre [17]).

Wir lassen also das „beliebig" fallen und verwandeln die Reproduzibilität in eine Produzibilität [18]).

Dabei ist freilich nur das körperliche Moment im Besitze berücksichtigt. Der sogenannte animus domini, der den Besitz weiter bedingen soll, findet in dem Gesagten seine Erklärung noch nicht.

Wir meinen aber, daß der animus, mag man ihn mit „Wille" oder mit „Bewußtsein" wiedergeben, nach der Natur der menschlichen Seele zu einem dauernden Moment in einem faktischen Verhältniß niemals tauglich sein kann. Die herrschende Theorie gibt das eigentlich

---

[17]) Vollends klingt es wie Ironie, wenn man Jemandem sagte, er könne seine Herrschaft über einen flüchtigen Sklaven beliebig reproduziren. Randa hat daher auch das „beliebig" fallen gelassen. Besitz, Aufl. II S. 2.

[18]) Dagegen wird man einwenden: der Besitz hat nach dieser Bedeutung einen so abgeschwächten Inhalt, daß fast jeder im Besitz einer jeden Sache wäre. Wir geben den Einwand durchaus zu und bemerken nur, daß natürlich nicht jeder Besitz, sondern nur der rechtlich so und so qualifizirte Schutz bekommt; wir haben auch nichts dagegen, daß man jenes blasse Verhältniß nur dann eines eigenen juristischen Namens werth erachte, wenn es jene rechtliche Qualification hat. Nur ist zu erwägen, daß in diesem Fall der ganze Sinn des Besitzes ist, daß er — s. Fitting im Arch. f. Civ. Pr. 55 S. 306 — die Voraussetzung gewisser Rechtsfolgen ist; es ist aber nicht ersichtlich, warum man für das Besitzrecht eine Ausnahme machen und seine mannigfachen Voraussetzungen als ein eignes juristisches Institut construiren soll. Mit gleichem Rechte könnte man auch das Verhältniß einer Person zu einer Sache, auf Grund dessen man Eigenthümer derselben wird, zum Rang eines selbständigen Rechtsinstituts erheben.

auch ſelbſt zu, indem ſie den animus domini nur durch ein in contrarium agi enden läßt, indem ſie alſo darunter ſoweit er als etwas dauerndes in Betracht kommt, nur die Negation ſeines Gegentheils, nur ein non nolle possidere verſteht. Dieſe bloße Negation aber zu einem weſentlichen Moment eines thatſächlichen Verhältniſſes zu machen, iſt doch offenbar nichts als der Verſuch, den Beſitz möglichſt kunſtvoll aus zwei Elementen zuſammenzuſetzen und zu konſtruiren. War es aber ſchon Willkür, das corpus, wie es zum Beſitzerwerbe nothwendig, in die Definition des Beſitzes mit aufzunehmen, ſo iſt das gleiche Verfahren dem animus domini gegenüber vollends unerklärlich [19]).

Danach ſind die Grundzüge des römiſchen Beſitzrechts die folgenden.

Das jus possessionis iſt das Recht einer Perſon auf Schutz ihres Beſitzes gegen Eigenmacht. Beſitz aber iſt das thatſächliche Verhältniß dieſer Perſon zu einer beſtimmten Sache, kraft deſſen dieſe ihrer Herrſchaft unterworfen werden kann.

Dabei ſei erſtlich bemerkt, daß ſolche Herrſchaft — das Ziel alles Beſitzes — nicht bewußt zu ſein braucht, und z. B. ein Grundſtück durch jeden beliebigen Dritten der Gewalt eines Kindes unterworfen werden kann. Dann

---

[19]) Man hat zwar unterſcheiden wollen und geſagt, daß der Wille ſein Daſein durch die Aeußerung bekomme; er hänge nicht ab von einer fortdauernden Erneuung der Willensaction. Gewiß! Man ſagt z. B.: N. N. will nach Italien reiſen, obwohl er im Augenblick ſchläft. Wenn er nun aber vor der Abreiſe wahnſinnig wird und nach Rußland fährt, ſagt man dann auch noch, N. N. will nach Italien reiſen? Wie will man vollends den Beſitzerwerb ex causa peculiari, den des infans durch ſeinen Vormund u. ſ. f. mit der Lehre vom Willensmoment im Beſitze vereinigen?

würde sowohl das Kind als der Dritte besitzen. Sodann ist hervorzuheben, daß die Frage, ob Möglichkeit der Herrschaft vorhanden, an sich natürlich dem freien richterlichen Ermessen unterliegt, aber jedenfalls die Möglichkeit nach dem Sinn des Gesetzes keine gegenwärtige zu sein braucht. So besitzt der, welcher ohne sein Wissen dejicirt worden ist, fort, weil Dejicient ja leicht wieder entsetzt werden kann; auch eine verlegte Sache wird fortbesessen, nicht dagegen eine verlorene. Natürlich kann auch das Gesetz in einzelnen Fällen näher den Grad der Möglichkeit bestimmen, den es noch genügen lassen will, und es hat das römische Recht, seinen Grundsätzen über die Zwitterstellung des Sklaven halb als Mensch halb als Sache zu Liebe, je zuweilen diese Möglichkeit dem Nullpunkt nahe kommen lassen.

Nach positivem römischen Rechte ist nun — vom Vorhandensein des Besitzes abgesehen — für die Entstehung des Besitzrechts regelmäßig noch ein bestimmter Akt wirklicher Herrschaftsbegründung erforderlich. Und zwar soll dieser Akt cum animo domini, respective mit der Absicht, den Auftraggeber, Pflegebefohlenen u. s. s. in solcher Weise domini loco zu setzen, ausgeführt werden, wovon indeß in den bekannten drei Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes dispensirt wird. Von dem Akte selbst wird dispensirt, wenn der frühere Besitzer von einem Andern adoptirt wird, und ferner wieder für den Bereich des Sklavenrechts, wo z. B. der Akt der Herrschaftsbegründung durch den flüchtigen Sklaven in eignem Interesse den Besitzschutz für den Herrn erzeugt [20]).

Nach positivem römischen Rechte wird sodann, von

[20]) l 16 D. (43, 26) l 50 § 1 h. t.

dem Fortfall des Besitzes abgesehen, das Besitzrecht beendet:

1. nach dem, nur vermeintlich aus dem Begriff des Besitzes folgenden, Satze: plures eandem rem in solidum possidere non possunt, wenigstens bei Mobilien durch einfache Entwerung.

2. Nach dem Grundsatz, daß die Möglichkeit zu irgend einer Handlung nur von Werth ist, wenn sie benutzt wird, durch ein entschiedenes nolle possidere, unter Umständen sogar durch eine bloße Vernachlässigung der Realisation der Möglichkeit, namentlich, wenn Jemand, der von seiner Entsetzung benachrichtigt ist, sich dabei beruhigt[21]).

Wird das Besitzrecht nun verletzt, so hat der Besitzer — je nach Art der Störung — eine prohibitorische und eine restitutorische Klage sammt accessorischem Anspruch auf Schadenersatz. Er hat dabei außer der Störung nur die Begründung des Besitzrechts, d. h. also eine einmalige Realisation seiner Herrschaft über die in Streit befangene Sache cum animo domini zu beweisen. Nicht dagegen auch die Fortdauer des Besitzes: zwar ist es unrichtig daß allgemein eine Präsumtion für die Fortdauer eines einmal begründeten thatsächlichen Verhältnisses spreche; aber es liegt dem Kläger ja nur ob, die Existenz seines Besitzrechts darzuthun, und zu diesem Beweise genügt nach

---

[21]) Ihering hat bekanntlich allgemein die omissa custodia für einen Beendigungsgrund des Besitzes erklärt (Grund des Besitzschutzes S. 209 ff.) und ihm ist Windscheid, Aufl. IV, I S. 463 f., beigetreten. Damit wäre allerdings, wenn auch in verschiedener Weise, das alte Willensmoment im Besitz wiederhergestellt. Indeß ist es uns schwer glaublich, daß ein so wichtiger Satz sich nur auf so fragwürdige Quellenstellen stützen darf, l. 47 h. t. widerspricht doch z. B. am Schluß der l. 15 eod. l. 37 § 1 enthält von dem Besitzverlust durch bloße negligentia garnichts u. s. f.

allgemeinen Grundsätzen der Nachweis der Entstehung des Rechts [22]).

Dies ist in kurzen Zügen unsere Auffassung der possessio. Zwanglos läßt sich der Erbbesitz nach ihr dem römischen Besitzrecht einfügen; daß auch ein possessorischer Schutz desselben wohl möglich ist, haben wir bereits ausgeführt. Es wird nunmehr möglich sein, an die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Erbbesitzes zu gehen.

---

[22]) Die herrschende Theorie verlangt bloß den Nachweis des Besitzes zur Zeit der Störung, übrigens nur auf eine, ziemlich junge, Praxis gestützt. Seuffert, Archiv VIII 232. Der praktische Unterschied der beiden Beweistheorien ist übrigens, wie leicht ersichtlich, außerordentlich gering.

II. Der Erbbesitz und das germanische Recht.

§ 2.

1. Das deutsche Recht.

Der Erbbesitz ist ein Institut, welches seine Wurzeln im germanischen Rechte hat. Im germanischen, nicht bloß im deutschen. Denn wie Gewere und Säsine im Allgemeinen sich frei von den Schranken eigentlich nationaler Rechtsbildung entwickelt haben, so hat auch speziell die Erbengewere eine internationale Natur, und kein Zufall ist es, daß sie in einem Sprüchwort Ausdruck gefunden hat, das bei den beiden Völkern auftritt, die mit als die Hauptträger des germanischen Rechts gelten müssen, das in den beiden Zungen des germanischen Rechtsgebietes ausgeprägt ist und unzweifelhaft diesseits wie jenseits des Rheins volksthümlich entstand [1]).

Freilich für die Zeit, wo wenigstens eine größere Anzahl der Provinzen dieses Rechtsgebietes eine politische Einheit bildete, wo sich ein gemeines germanisches Recht auszubilden begann, läßt sich der Erbbesitz noch nicht nachweisen. Versucht hat man es wohl. Sogar Tacitus mußte

[1]) S. den Excurs § 5.

hier als Zeuge dienen, wenn er c. 20 seiner Germania sagt: si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres etc. [2]). Aber auch etwas nüchternere Beweisversuche, die Berufung namentlich auf die häufige Wendung der Urkunden: pater me in alode legitima vestitum dimisit [3]), sind bei der notorischen Ungenauigkeit der damaligen Rechtssprache von geringem Belang. Andererseits ist freilich auch das Gegentheil unerweisbar. Grimm, Homeyer und mit einer entschieden unrichtigen Beimischung auch Sandhaas [4]) berufen sich zwar auf die nordische Sitte der feierlichen Besitzergreifung des Erbes: diese Feierlichkeit müsse offenbar rechtliche Bedeutung gehabt haben. So könnte man aus unserer Hochzeitsfeier auch deduciren, daß die Ehe erst, wenn der Schwarm der Gäste zerstoben, völlig geschlossen sei. Zudem gibt Homeyer [5]) selbst zu, daß für das eigentliche Deutschland solche Sitte garnicht nachweisbar ist. Nach unserer Meinung ist der Erbbesitz so wenig wie die Gleichstellung der Erben mit andern Personen, was die Erfordernisse des Besitzerwerbs angeht, vor der Zersplitterung des deutschen Rechtsgebiets nach-

---

[2]) Renaud, Ztsch. f. Rechtsw. u. Gesetzgeb. des Ausl. XIX S. 106. Rigaut in Foelix Revue étrangère et française IX S. 53.

[3]) Cod. Lauresh. I p. 9. Beyer, Urkundb. I, 27, bei Heusler, die Gewere S. 76. 69. cf. Gengler, Lehrb. des deutsch. Privatr. S. 1323 [18].

[4]) Grimm, Rechtsalterth. 481. Homeyer, der Dreißigste (Abh. der Berl. Akad. hist.-phil. Klasse 1864) S. 241 f. 245. Sandhaas, germanistische Abhandlungen S. 120.

[5]) a. a O. Die Verse vom Grafen Wilhelm von Holland, die Homeyer dabei citirt:

Wand soude hi den rike ghenaken,
hi moeste op den stol tot Aken,

gehören doch schon deswegen nicht her, weil sie keine erbrechtliche Frage betreffen.

weisbar. Erſt nach dieſer Zerſplitterung beginnt die Geſchichte unſeres Inſtituts, und dieſe Geſchichte konnte keine einheitliche ſein für alle nun zur Selbſtändigkeit gelangten Provinzen des Karolingerreiches. Nicht anders die Darſtellung in dieſen Blättern[6]).

Zunächſt das deutſche Reich.

Hier iſt für die Zeit der Rechtsbücher — dieſe allein kommt hier in Betracht — die gemeine Meinung, daß die Gewere eines Verſtorbenen von Rechtswegen auf ſeinen Erben überginge. Nur einmal iſt in neueſter Zeit dieſer Satz angefochten, zwar bloß aphoriſtiſch und andeutungsweiſe bei Gelegenheit der Recenſion der neueſten Gewere-monographie, aber doch in äußerſt beachtenswerther Weiſe, von Laband. Indeß auch abgeſehen davon müſſen wir die gemeine Meinung einer nähern Prüfung unterziehen. Denn ſo einfach, klar und ſicher ihre Theſe klingen mag, am Ende iſt ſie ein inhaltsloſer Satz, bei dem man ſich garnichts denkt, weil man ſich Alles bei ihm denken kann. Denn wo wir auch der Gewere begegnen, da weiſt uns bunte Verwirrung der Anſichten das Walten jenes „Koboldes, der im deutſchen Sachenrechte ſein Weſen treibt". Um ſo überhaupt zu verſtehen, was denn eigentlich die gemeine Meinung und was ihre neueſte Befehdung beſagt, iſt es unumgänglich, den unzähligen Ueberſichten der erheblichſten Geweretheorien hier eine neue folgen zu laſſen.

Der Ausgang aller Geweretheorie iſt die Erkenntniß, daß das Wort „Gewere" verſchiedene Bedeutungen

[6]) Die vollſtändigſte Darſtellung des Erbbeſitzes im germaniſchen Rechte gab Heusler, Die Gewere, 1872, und vor ihm Renaud Le mort saisit le vif in der Ztſch. f. Rechtsw. u. Geſetzgeb. des Auslandes XIX S. 99 ff. S. 279 ff. 371 ff. XX S. 55 ff. Das Neueſte iſt Laband's Recenſion des Heuslerſchen Werks, Krit. V.-J.-Schrift XV.

habe. Selbst seitdem man etymologisch nachgewiesen, daß es sich hier um mehr als einen Wortstamm handelt, selbst wenn man die Bedeutung von „Gewere" gleich „Haus und Hof" für die Konstruktion des Begriffs außer Ansatz läßt, bleibt für „Gewere" gleich „vestitura" immer noch eine Mehrheit von Bedeutungen [7]).

Ueber die Feststellung dieses Umstandes gehen zunächst Gerber und Stobbe [8]) nicht hinaus. Nur daß Gerber noch das Resultat aus dieser Rechnung zieht und behauptet: Gewere sei überhaupt kein juristisch faßbarer Begriff; das deutsche Recht bezeichne nicht die Rechte selbst, sondern nur die Rechtsverhältnisse, denen es dann das juristische Element bloß äußerlich beimische; dies unbestimmte Rechtsverhältniß sei die Gewere. Während Stobbe wie für alle einzelnen Fälle der Gewere, so auch für die des Erben einen bestimmten juristischen Inhalt nachzuweisen sucht und ihn in dem Rechte des Erben, sich eigenmächtig in den Besitz des Nachlasses zu setzen, findet, sieht Gerber darin nur einen primitiven Ausdruck des Uebergangs der Rechte des Erblassers auf den Erben.

Ein naheliegender Weg, zu bestimmteren Ergebnissen zu gelangen, war nun der, einen Theil der Bedeutungen des in Rede stehenden Wortes als untechnisch auszuscheiden. In der That ist man früher diesen Weg gegangen und hat den technischen Begriff der Gewere einfach mit

---

[7]) Dabei soll hier darauf hingewiesen werden, daß das schwedische hemuta (praestare, wern) auf das schwedische hem (Heim, Haus und Hof, were) und dieses in seiner gothischen Form haims auf gothisch haimôn (vestire, wern) weist.

[8]) Stobbe, Art. Gewere in Ersch u. Gruber's Encycl. (Sect. I Th. 65), namentl. S. 461. Gerber, Ztsch. f. Civilr. u. Proc. N. F. XI S. 14 ff. 46 54, Privatrecht §§ 172 ff. 252. 248 [11].

dem dinglichen Rechte identifizirt. Die Besitzbedeutung blieb dabei außer Ansatz [9]).

Der gleiche Weg konnte freilich auch zum entgegengesetzten Ziele führen, und bei fortschreitender Kenntniß des Terrains mußte er es wohl. Die neueste Theorie scheidet umgekehrt die Fälle, wo Gewere z. B. dem Dejicirten zugeschrieben wird, aus, ebenso den des nackten Innehabens und gelangt so zu einer Gewere, die mit dem hergebrachten Besitzbegriff so ziemlich zusammenfällt [10]).

Die Erbengewere, die nach der erstern Ansicht nichts als den Uebergang der Rechte des Erblassers ipso jure bezeichnet, mußte der zweiten größere Sorgen machen. Die beiden Vertreter derselben weichen denn auch in der Behandlung derselben ab. Laband läugnet, wie schon erwähnt, die Existenz der Erbengewere ganz, wogegen Heusler sie einfach für eine Fiktion erklärt, d. h. seine Theorie für diesen Fall aufgiebt [11]).

---

[9]) Eichhorn, Einleitung § 156 ff. § 337. von Sydow, Erbrecht S. 327. Ueber die Unbestimmtheit von Eichhorn's Ansicht s. Albrecht, Gewere S. 25. 33.

[10]) Laband, die vermögensrechtlichen Klagen § 22, Heusler a. a. O. Laband, in der Krit. V.-J.-Schrift XV. Stobbe, Privatrecht §§ 72—77. S. auch Sohm, Recht der Eheschließung S. 78 ff. Zachariä, Franz. Civilrecht (Aufl. 5 von Puchelt) IV S. 69.

[11]) Er will das zwar nicht ganz zugeben; aber so richtig es ist, daß der Erbe in der Regel in der Were sitzt, und so unmittelbar mit dem Tode des Erblassers die thatsächliche Macht über dessen Nachlaß ipso facto erwirbt (S. 68 f. 71), was hilft das Bewußtsein von dieser glücklichen Lage seiner meisten Kollegen einem Erben, der nun einmal unglücklicher Weise fern vom Ort des Erbfalles weilt? Vollends unbegreiflich ist der Satz (S. 208), daß der Erbe als solcher „in der That die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit, nach Belieben auf die Sache einzuwirken" hat. Heusler kommt hier der gleich zu erwähnenden Auffassung Stein's sehr nah. Uebrigens ist auch Laband nicht abgeneigt, die Erbengewere in gewissem Umfange anzuerkennen. Recens. S. 415.

Nun war auch der Ausweg möglich, eine gemeinsame Konstruktion für die verschiedenen Bedeutungen der Gewere aufzusuchen, sie als Unterarten eines höheren Begriffs nachzuweisen. Das hat zuerst Albrecht [12]) in sehr geistreicher Weise versucht. Gewere ist nach ihm das Recht, eine Sache gerichtlich zu vertreten, das dem an sich klaglosen dinglichen Recht selbständig zur Seite steht. Dies Recht ist nun entweder zur Vertheidigung da, wenn der Gewerte Besitzer ist, oder zum Angriff, wenn der Gewerte die Gewere im engeren Sinn (detentio) noch nicht erworben oder wieder verloren hat: anticipirte oder fortgesetzte Gewere. Die Erbengewere ist dann natürlich ein Fall der anticipirten: Ihr Sinn ist, daß Erbe mit dem Tode des Erblassers nicht allein dessen dingliche Rechte, sondern auch die dinglichen Klagen desselben ipso jure erwirbt.

Auf Albrecht's Theorie ist die Lehre gebaut, welche Homeyer am klarsten und verständlichsten entwickelt hat. Sie nimmt an, daß Gewere allerdings ursprünglich das Innehaben bedeute. Der Begriff sei aber zwiefach modificirt: einmal sei ein Besitz durch Stellvertreter zugelassen; sodann sei in gewissen Fällen auch ein vom dinglichen Rechte verschiedenes jus possidendi [13]) Gewere genannt. Speziell die Erben-Gewere — das jus possidendi des Erben bestehe nur in dem Rechte, sich unabhängig vom Herren in den Besitz des Nachlasses zu setzen und sich für die rechte Gewere die Zeit, durch die der Erblasser besaß, anzurechnen;

---

[12]) Albrecht §§ 3 f. 6. 9 ff. Mittermaier, Privatrecht (Aufl. 5) § 150.

[13]) Dies vermeintliche Recht zu besitzen (jus possidendi) ist nichts als das Recht auf Erhaltung des status quo der Eigenmacht gegenüber, d. h. ein Recht des Besitzes (jus possessionis oder possessoris). S. S. 69 f.

sie genüge dagegen namentlich dem Satze: lene ane gewere darvet der volge nicht[14]).

Dies darf als die herrschende Ansicht bezeichnet werden, nur daß ihre spätern Anhänger das jus possidendi nicht so vorsichtig behandelten, seine exceptionelle Natur nicht so betonten wie Homeyer[15]). Dabei ist auch eine für eine zeitweilig sehr beliebte Methode germanistischer Forschung äußerst charakteristische Wendung hervorzuheben, die z. B. Bluntschli der Lehre gibt[16]). Man stellt den höchst vagen Begriff eines ideellen Besitzes auf, indem man die Grenzen thatsächlicher und rechtlicher Macht verwischt und beide — in Wahrheit die größten Gegensätze — als zwei Formen eines Gedanken's ausgibt. Am unbefangensten läßt Stein diese Begriffe spielen, der namentlich mit der Idee einer rein geistigen Sachherrschaft, die durch den Verlust des corpus nicht unterginge, operirt[17]).

Einen ganz andern Ausgangspunkt nahm Delbrück[18]). Gewere ist die Lage dessen, der im Prozeß die Beweis-

---

[14]) Homeyer, Sächs. Lehnrecht S. 394. 454. 420 ff.

[15]) Hillebrandt, deutsche Rechtssprüchwörter S. 138. Schulte, deutsche Reichs- und Rechtsgesch. S. 443. Brunner in Holtzendorffs Encyclopädie (1. Aufl.) S 177. 182. Renaud a. a. O. S. 103. 109. 134 f. Zöpfl, Rechtsgeschichte (Aufl. 4) S. 168 ff. 174: „auch die im Intestaterbrecht liegende Befugniß des Erben, die Hinterlassenschaft in Besitz zu nehmen und zu haben, wurde als eine Gewere aufgefaßt". Cf. auch Gaupp, Ztsch. f. deutsches Rechts I S. 102 und Brackenhöft. ib. III § 4 („rechte" = „ideelle" Gewere).

[16]) Bluntschli Aufl. I S. 144 (Privatrecht). Ganz eigenthümlich ist es, wenn Anhänger dieser Lehre die Erbengewere, also ein jus possidendi, dennoch mit dem Besitz identificiren, ohne etwa von diesem eine andere Definition als die allgemein gebräuchliche aufzustellen. Beseler, Privatrecht § 79. § 134. Gengler S. 1323. 1353. Walter, Privatrecht S. 465.

[17]) Stein, deutsches Sachenrecht S. 53 ff. 46. 108 ff.

[18]) Delbrück, dingliche Klage S. 66 f. § 59.

vortheile hat. Das sei aber nicht immer der Besitzer, und namentlich sei bei der Erbengewere an eine Besitzvererbung nicht zu denken. Der Inhalt derselben sei vielmehr der Satz: daß die dingliche Klage des deutschen Rechts sich auf den Besitz des Erblassers stützen kann.

Verwandt damit ist Bar's Standpunkt[19]). Auch ihm ist Gewere die Lage dessen, der die Beweisvortheile hat; nur gibt er diesem Gedanken eine Fassung, die zugleich als seine Begründung und Erklärung gelten kann. Gewere ist nach Bar diejenige Lage einer Person, welche dieselbe als präsumtiv berechtigt, als den muthmaßlichen Sieger im Prozesse erscheinen läßt. Für die Regel verschafft nun der unverdächtige Besitz seinem Träger die Präsumtion des Rechts; aber die Beerbung eines Besitzers hat die gleiche Bedeutung. So faßt Bar die Bedeutung der Erbengewere in dem Satze zusammen, daß der Erbe die Präsumtion geltend machen kann, die dem Erblasser aus seinem Besitze entsprang.

Zum Schluß wäre noch Sandhaas Ansicht zu erwähnen. Ihr zufolge ist „Gewere" gleich „Besitz", aber sie ist auch gleich „dingliches Recht": denn nach deutschem Recht falle die dingliche Berechtigung mit dem Besitz zusammen. So existire denn auch kein Erwerb der Erbschaft ipso jure, wenigstens solange das Recht der Gewere in ursprünglicher Reinheit in Geltung bleibt; der Erbe erlange die dinglichen Rechte des Verstorbenen erst mit der Inbesitznahme des Nachlasses. Später habe man freilich das Bedürfniß empfunden, auch den Nichtbesitzenden dinglich zu schützen, und darum unter Umständen für diesen

---

[19]) von Bar, Beweisurtheil S. 163. 169 ff. 185 ff.

[20]) Sandhaas a. a. O. 117 ff. 128 ff. 147 ff.

Gewere fingirt. Der Erbbesitz ist nach Sandhaas ein Hauptfall dieser fingirten Gewere.

Bei solchem Reichthum an Theorien hält es schwer, Stellung zu ihnen zu nehmen. Dem Wortlaut nach freilich schließen wir uns unbedingt Laband-Heusler an: Gewere ist possessio mit einer Modifikation des animus domini. Aber wir müssen auch hier unsere besondere Auffassung der possessio zur Anwendung bringen[21]). Gewere ist nicht die Nutzung, sondern die Möglichkeit der Nutzung eines Grundstücks, und wird geschützt, wenn sie sich zeitlich an eine Occupation des Gewerten oder an eine Auflassung an ihn[22]) anschließt. Der Sinn der Erbengewere ist aber, daß der Erbe eines Gewerten, der kraft solcher Occupation oder Auflassung die eigenthümlichen Rechtsvortheile der Gewere genoß, eben dieser Vortheile ipso jure ohne weiteren Erwerbsakt theilhaftig wird.

Wir haben im Vorigen ausgeführt, was man sich unter dem Worte Erbengewere denkt, und was man sich darunter zu denken hat. Die zweite Frage wird nun sein, ob es zur Zeit der Rechtsbücher in Deutschland ein Institut gegeben hat, das diesem Begriffe entspräche.

Wir schicken zunächst zwei Quellenstellen voraus.

Glosse zu Sächs. Landrecht III. 83 § 1: Kommt einer . . in eines dinges besitzung, ob im ein erbe an-

---

[21]) Die Gründe hierfür ergeben sich aus unsern allgemeinen Ausführungen über den Besitz. In der That ist die Savigny'sche Theorie der possessio mit dem positiven Recht der Gewere noch unvereinbarer als mit dem der possessio. Daß ein Besitz, der durch Erbgang und Auflassung entsteht, mit der faktischen Macht über eine Sache nicht zusammenfällt, scheint uns zweifellos zu sein.

[22]) Daß Auflassung allein ohne gleichzeitige traditio die Gewere gäbe, wird zwar von Laband und Heusler bestritten, s. dagegen Sohm, das Recht der Eheschließung S. 78 ff.

stirbt, das gut hat er allbereit in sinen geweren und besizt es.

Glogauer Rechtsbuch c. 8. Wen gut anirstirbit von gesippe, der hat daran czu hand eyne rechte gewer unde darf daz auch nyrgüt uffnemen vor keynem rechtin [23]).

Unbefangener Weise wird man aus diesen zwei Stellen wohl die Giltigkeit der Erbengewere für das deutsche Recht herauslesen. Lassen wir nun einstweilen dahingestellt, in wie weit etwa ein Leser, der sich anders woher die Ueberzeugung vom Gegentheile verschafft hat, mit diesen Stellen sich abzufinden vermag, nehmen wir vorläufig den Standpunkt jener unbefangenen Leser ein und gehen nun zu den Gründen über, die von den Gegnern der Erbengewere wider diese vorgeführt werden, Gründen von sehr verschiedenem Gewicht.

Zunächst stellt man uns Quellenstellen entgegen, wo Erbe als Nichtbesitzer auftritt. Als ob das allein uns widerlegte. Kann doch der Erbe die Gewere an einem Grundstücke seines Erblassers von Rechtswegen nur erwerben, wenn dieser sie zur Zeit seines Todes gehabt hat, was doch in keiner Weise nothwendig. Kann doch ferner auch der Erbe seine Gewere sammt ihren Vortheilen so gut verlieren, wie derjenige, der sie durch feierliche Besitzeinweisung erworben hat [24]).

Als weiterer Gegenbeweis dient der Umstand, daß gegen den Erben eine rechte Gewere entstehen kann. Gewiß kann sie es, sobald eben der Erbe nicht mehr in der

---

[23]) Kraut, Privatrecht (Ausg. V) § 159 No. 5. — Wasserschleben, Rechtsquellen I No. 1.

[24]) Magdeb. Schöffenspr. (Laband, Klagen S. 168. Recens. S. 402.) c. 66 des Mühler'schen Weichbildrechts (Recens. S. 402) erledigen sich dadurch einfach.

Were iſt, entweder weil Erblaſſer ſie zur Todeszeit nicht beſeſſen, oder weil Erbe ſie irgendwie verloren hat. Ferner, daß der Erbe ſelbſt zur Erlangung der rechten Gewere erſt den „wirklichen faktiſchen Beſitz" des Nachlaſſes erlangen muß. In der That wäre das erheblich; aber wir halten den Satz für völlig unerwieſen.

Die Gegner der Erbengewere beziehen ſich ferner auf einen Konflikt, der zwiſchen dem Inſtitut des Dreißigſten und der Erbengewere entſtehen müſſe. In der That, wie reimt ſich das in nut und gelde haben der Wittwe mit der Gewere beim Erben? Doch iſt dieſer Konflikt nur ſcheinbar[25]). Einmal kann man ja an Sonderbeſtimmungen für unſern Fall denken. Der Erbfall wird, was die Gewere anlangt, einen Monat ſuspendirt, oder die Wittwe wird hier loco heredis gewert, wobei nur fraglich, ob der Erbe ſeinerſeits am Dreißigſten ipso jure in der Wittwe Gewere tritt. Dieſe Annahmen ſind aber ebenſo unwahrſcheinlich wie unnöthig. Iſt denn das zeitlich beſchränkte geſetzliche Nutzungsrecht der Wittwe wirklich ein Hinderniß für die Erbengewere? Freilich, wenn es ipso jure in Kraft träte, d. h. wenn die Wittwe ſelbſt ipso jure gewert würde. Da dies aber aus den Quellen nicht zu erweiſen iſt, ſo iſt offenbar, daß das Wittwenrecht keine andere Rolle ſpielt als irgend ein andres etwa paktirtes Recht an einer in eines Dritten Dominikalbeſitz befindlichen Sache, welches noch nicht durch Tradition derſelben zur Ausführung gekommen iſt. Das Recht der Wittwe ſtört ſowenig die wirkliche Nutzung des Nachlaſſes durch den Erben als die bloße Möglichkeit dazu. Auch

[25]) Doch faßt Meiſcheider S. 249 ihn doch wol zu leicht auf, deſſen ganze Kritik der Oppoſition Labands überhaupt nur in der Wiederholung des von Laband Angegriffenen beſteht.

der Wittwe gegenüber ist Erbe gewert, bis er diese faktisch einziehen läßt, oder bis diese ihre Rolle als Gattin des Herren aufgibt und selbst als Herrin auftritt, d. h. die Erbengewere wird durch Tradition, namentlich durch brevi manu traditio, eventuell aber durch Dejektion beendigt.

Aehnlich erledigt sich auch das Retentionsrecht der Wittwe wegen ihrer Morgengabe. Ueberdieß tritt dieses bekanntlich erst mit dem Dreißigsten ein; um diese Zeit hat aber, wie schon erwähnt, die Erbengewere ihre Rolle bereits ausgespielt, und der Erbe ist gar nicht mehr gewert[26]).

Endlich soll die Erbengewere völlig werthlos sein, wenn das Erbrecht selbst streitig ist, weil ja alsdann die Gewere in gleicher Weise bestritten sei. Gewiß! Aber hört ein Ding dadurch auf da zu sein, daß es in gewissen Fällen unbrauchbar ist? Gibt es doch sonst — man wird es nicht leugnen — Verhältnisse genug, wo das Interesse an der Erbengewere ein sehr erhebliches ist.

Ungleich bedeutender als alle diese Einwendungen ist nun aber ein Argument, das Laband gleichfalls dem ehelichen Güterrechte entnimmt. An zwei Fällen weist er nach, daß die Gewere an Grundstücken, woran der überlebende Ehegatte den Nießbrauch hat, auf den Erben nicht übergeht. Wir wollen das nicht bestreiten, wir wollen auch nicht verhehlen, daß gerade diese Stellen eine Zeit lang unsern Glauben an die Erbengewere erschüttert haben.

---

[26]) Neumann, Magdeb. Weisth. S. 145: und die frawe darb denn ouch dy gewere jres mannes, dar sy noch ires mannes thode jnn geblebin ist, nicht rewmen noch dar awsz czyhen, bevor ihr die Morgengabe gegeben ist. cf. auch Rev. Lüb. Weichb. 24 § 3 bei Homeyer, Abh. d. Akad. 1864. S. 239.

Aber man prüfe die Sachlage genauer. Dem deutschen Rechte ist ein Erbrecht dem ganzen Nachlaß gegenüber fremd; im Gegentheile zerfällt dieser in gewisse Komplexe, und erst diese sind Gegenstand des Erbrechts. Nun trägt zwar das Erbrecht an einem bestimmten dieser Komplexe vorzugsweise den Namen „erve"; aber dies begründet einen wesentlichen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Rechtsnachfolge von Todes wegen in keiner Weise. Für die Gewere gilt nun das Gleiche; wer das Erbrecht an einem Komplex von Nachlaßsachen hatte, hatte auch, sofern der Erblasser gewert gewesen, die Gewere daran. So erwarb denn der bloße Allodialerbe offenbar nicht die Gewere an einem Lehen seines Erblassers, ebensowenig aber an irgend einem andern Stücke des Nachlasses, woran ihm gesetzlich kein Erbanspruch auf Nutzung zustand, z. B. also in den Ländern des Verfangenschaftsrechts an den Immobilien, sofern ein parens superstes dawar. Da es nun unzweifelhaft dem deutschen Rechte nicht entgegen ist, auch das Leibzuchtsrecht des parens superstes außerhalb des Verfangenschaftsrechts als eine Art Erbfolge aufzufassen, so wäre die Annahme wohl erlaubt, daß nicht der Erbe, sondern der Nießbräucher an dem Leibzuchtsgrundstück die Gewere ipso jure erwirbt. Damit wäre jener Einwand aber erledigt [27] [28]).

Sehr erheblich scheinen sodann Stellen wie Magdeb. Schöffenurthel bei Böhme VI, 1 [29]) zu sein, nach denen eine

[27]) Wasserschleben a. a. O. S. 269. Rechtsgutachten von Frankfurt a. M. von 1261 in Schröder u. Lörsch, Urkundensammlung S. 75, deutsch in den Erfurter Statuten von 1306 XV (Walch, Beyträge I S. 104).

[28]) Cf. auch das Basler Urthel bei Schröder p. 204. Die Wittwe wird hier abgewiesen, weil sie auf ihre Gewere unbegründete Ansprüche stützt, nicht aber weil sie keine Gewere hat.

[29]) S. Sandhaas S. 119.

förmliche Besitzübertragung durch den Richter auch beim Erwerb durch Erbgang stattfand. Man kann den sonst angeführten Stellen namentlich noch eine Kölner Schreinbuchseintragung von 1284 [30]) zufügen, wo die Erbin missa fuit in possessionem dicte hereditatis id est wart geweldichgit, und ihr hernach im Stadtbuch das Gut zugeschrieben wird. Hiewieder wird aber der Hinweis genügen, daß keine dieser Stellen den Besitzübergang an den richterlichen Akt knüpft, daß es sich dabei also wohl nur um Bestätigung eines bereits geschehenen Rechtsvorgangs handelt, die ja mannigfach von Nutzen sein konnte.

Wenn endlich Delbrück sich auf Glosse zu Sächs. Landr. I. 6. — Kraut § 159 No. 22 — und auf Landr. III. 1 § 2 beruft [31]), so ist dagegen zu sagen, was oben gegen den ersten Einwand bemerkt wurde. Zudem handelt es sich wohl in beiden Stellen um Mobilien, für welche das Recht der Gewere ja überhaupt nur mit Einschränkungen gilt.

Damit halten wir den Gegenbeweis für erledigt; es ist nunmehr an uns, positive Gründe für die Erbengewere beizubringen.

Die Wissenschaft hatte bisher ein Bedürfniß, nach solchen Gründen des Weiteren zu suchen, kaum empfunden. Es gab wohl ein Dutzend allbekannter viel besprochener Stellen, die für sie jeden Zweifel abschnitten. Freilich die oberflächlichste Kritik dieses Beweismaterials mußte stutzig machen, wenn sich da herausstellte, daß z. B. unter den bei Heusler angeführten Stellen nicht weniger als sechs auch nicht ein Wort von der Erbengewere enthalten [32]).

[30]) Schröder S. 87 f.

[31]) Delbrück, dingl. Klage S. 69. 75.

[32]) Heusler S. 221; nämlich Wasserschleben S. 225. Sachsenſp. III

So ſchlimm ſteht es nun freilich mit Stellen wie Sächſ. Lehnr. 6 § 1. Vet. auctor 24, Görl. Lehnr. eod. Waſſerſchleben S. 269 nicht. Und doch iſt Laband beizutreten, der ihnen alle und jede Beweiskraft abſpricht. Schon Sächſ. Lehnr. 6 § 2 muß bedenklich machen. Wenn man aber Sächſ. Lehnr. 57 § 1 mit 5 § 1 ib. vergleicht, ſo bleibt wohl nichts anderes übrig, als das erft die gewere des gudes uppen son u. ſ. f. einfach als das thatſächliche Freiwerden der Gutsnutzung durch den Tod des Inhabers zu Gunſten eines Succeſſionsberechtigten, nicht aber als einen Ipſojureerwerb der juriſtiſchen Vortheile der Gewere anzuſehen. Der Sinn der erſtgenannten Stelle wäre dann der, daß dem Sohne nicht allein faktiſch die Nutzung frei wird, ſondern auch daß das Lehnrecht auf ihn übergeht, ohne Zuthun des Herrn. Das Gewicht derſelben liegt alſo nicht auf Gewere, ſondern auf Gut[33]).

Auch die berühmte Wendung im Sächſ. Landr. III. 83 § 1 gehört gar nicht hierher: ſie betrifft nur das dingliche Recht, das durch Erbgang und Urthel, nicht aber ſchon durch „Gabe" erworben wird; von der Gewere iſt gar nicht die Rede.

Anders ſteht es dagegen ſchon mit der Gloſſe zu dieſer Stelle, deren Wortlaut ſchon oben abgedruckt iſt[34]).

---

31 § 2. Lehnr. 26 § 1, 26 § 9, Magdeb Fragen II 1. 5. Berm. Sachſenſp. 1 30 d.

[33]) S. Grand Coutumier p. 234. — Sächſ. Lehnr. 6 § 1 galt früher gerade als die Hauptſtelle (Albrecht S. 42, Homeyer § 44 B. Stobbe in der Encycl. S. 461), und Gerbers willkürliche Deutung (bewisen beweiſen) (Ztſchr. f. Civilr. u. Proc. XI S. 19), die ſich durch die Parallelſtellen im V. A. und im Görl. Lehnr. von ſelbſt erledigt, hat daran nichts geändert.

[34]) Daß allbereit = ſchon, und nicht etwa = alsbald iſt, ſ. in Grimm's Wörterb. s. h. v.

Laband weiſt ihr gegenüber auf eine große Anzahl von Schöffenſprüchen hin, die mit Nachdruck hervorheben, daß der Erbe ſchon zu des Erblaſſers Lebzeiten in der Were des Guts geſeſſen, wo denn freilich der Beſitzübergang im Moment des Todes „ipso facto“ ſtattfände. Auch die Gloſſe ſetze dies voraus. Wir müſſen nun zunächſt einige von Labands Belagſtellen ablehnen. Im Mühlerſchen Weichbilde c. 60 hat z. B. jene derin der were bestorben is, den Abgeſchichteten zum Gegenſatz, was mit der Gewere = possessio nichts zu thun hat. Die anderen Stellen[35]) erklären ſich aber ganz einfach daraus, daß der Erbe ſich natürlich auch auf ſeine eigene Detention, wenn er eine ſolche hatte, berufen konnte und nicht bloß auf die ſeines Erblaſſers. Folgt aber aus allen dieſen Stellen, daß, was häufig geſchah, immer geſchehen mußte? Doch keinenfalls; und dieſe Auffaſſung in unſere Gloſſe hineinzudeuten, liegt um ſo weniger Grund vor, als ein in der Were Verſtorbener doch nicht „in eines Dinges Beſitzung kommt.“

So müſſen wir alſo an der Beweiskraft der Gloſſe feſthalten. Es bleibt ſodann auch die zweite oben abgedruckte Stelle, in der bedingungslos und allgemein der „ſofortige“ Gewereerwerb durch den Erben ausgeſprochen iſt, wobei man das „ſofort“ billig mit „ipso jure“ identi-

---

[35]) Für Bamb. Stadtr. § 359 (Ztſch. f. Rechtsgeſch. X S. 292) iſt Laband's Deutung ſogar einfach eine petitio principii; auch aus der Erbengewere — man mag ſie fingirt nennen oder possessio civilissima, ſie bleibt immer ein Verhältniß einer Perſon zu einer Sache — kann man geſtoßen, auch die Erbengewere kann reſtituirt werden. Es folgt alſo aus der Stelle nicht, daß die Kinder den Nachlaß detiniren. — Wendungen wie „noch demmole sie yn den geweren syczt, do sie ynne vorstorben ist“ (c. 104 a bei Waſſerſchleben I Nr. 4) können auch bedeuten „da ſie die Gewere noch hat, in (mit) der ſie beerbt iſt“.

fiziren wird; auch wird hier, ſowenig wie in einer gleich zu erwähnenden Stelle jener Einwurf erhoben werden können, den wir Sächſ. Lehnr. 6 § 1 gegenüber als zutreffend anerkannten; die obige Stelle erwähnt den Gegenſatz von Gewere und Gut gar nicht, die andre legt aber das Gewicht ganz offenbar auf Gewere und nicht auf Gut.

Nur ein Bedenken waltet auch jetzt noch ob: gerade weil die genannten Stellen allgemein gehalten ſind, weil ſie einen theoretiſchen Satz ausſprechen, muß man die geringe Entwicklung der Jurisprudenz zu jener Zeit im Auge behalten. Die Gegner der Erbengewere haben ein Recht auf den Nachweis praktiſcher Folgen dieſes Inſtituts, wenn ſie an deſſen Exiſtenz glauben ſollen.

Wir ſind in der Lage, auch dies Bedenken zu beſeitigen.

Erſtlich rechnet das deutſche Recht die Friſt von Jahr und Tag zur Begründung einer rechten Gewere ſo, daß es die des Erblaſſers und des Erben zuſammenfaßt und den Beginn der Letzteren vom Moment des Erbfalls d. h. vom Tode des Erblaſſers datirt[36].)

Es betrachtet zweitens das deutſche Recht den Erben, dem ein Dritter, z. B. ein Legatar in der Bemächtigung des Nachlaſſes zuvor gekommen, als entwert und gibt ihm die Vortheile der Gewere gegen den Entwerer, alſo da wo ſpäter ſich eine Art actio spolii herausgebildet hat, eine poſſeſſoriſche Klage auf Reſtitution des Nachlaſſes [37]).

[36]) Richtſteig Lehnr. 22 § 5: Wo lange ok din vader en len in sinen weren gehat heft, dat machstu reken to der tid dat du id gehad hest in geweren unde ok met eden, wen de vader ervet up den sone also vaste de were des gudes also dat gud.

[37]) Rechtsquellen von Baſel I 74 (1402) in Ztſch. für Rechtsgeſch. VII S. 132. Man iſt nicht genöthigt, dieſe Stelle als romaniſtiſch beeinflußt anzuſehen, da eine deutſche Spolienklage ja ſchon ſeit dem

Wir können alſo nicht daran zweifeln, daß der theoretiſche Satz der deutſchen Rechtsbücher auch in der Praxis angenommen worden iſt. Freilich mußte es überraſchen, daß nicht noch viel zahlreichere Beläge hiefür aus den Quellen beigebracht werden können, ein Umſtand, der wohl an der Erbengewere ganz und gar irre machen könnte, wenn nicht das Quellenmaterial gerade in ſeinen werthvollſten Elementen noch ſo wenig ausgebeutet wäre. Nehmen wir vollends hinzu, was die folgenden Abſchnitte ergeben werden, daß im XVI. Jahrhundert in Deutſchland und ſchon weit früher in dem deutſchen Rechtsgebiete romaniſcher Zunge, in England, in Spanien unzweifelhaft die Erbengewere exiſtirte, ſo können wir nicht füglich Bedenken tragen, uns der gemeinen Meinung anzuſchließen und für die Zeit der Rechtsbücher die Erbengewere als deutſches Rechtsinſtitut anzunehmen.

§ 3.

2. Das anglo-normanniſche Recht.

Politiſche Aenderungen vermögen ſelten die Continuität des Privatrechts mit einem Schlage zu zerſtören: auch jenſeit des Rheines beſtand nach dem Zerfall des Karolingerreiches das germaniſche Recht und mit ihm die Gewere — nur unter verändertem Namen als tenuta, saisina — fort.

Politiſche Aenderungen gehen aber auch ſelten vor

XIII. Jahrhundert im Entſtehen begriffen war. S. namentlich den Landfrieden von 1281 Art. 4, der uns übrigens in dem Ohlenſchlager'ſchen Urkundenbuch (in deſſen Neuer Erläuterung der Guldenen Bulle 1766) No. 49 vorliegt, wogegen Bruns den Druck in der Freyberg'ſchen Sammlung für den älteſten hält.

ſich, ohne nach und nach auch auf dem Gebiete des Privatrechts ihren Einfluß wirkſam zu zeigen. Der Dualismus von Volksrecht und Amtsrecht, den Boretius und Sohm ſchon für die Karolingiſche Epoche ſchlagend nachgewieſen, der in Deutſchland eigentlich ſpurlos verloren geht, dauert jenſeit des Rheines ununterbrochen fort, und führt am Ende des zwölften Jahrhunderts zu jener höchſt bedeutſamen Prozeßreform des Herzog Heinrich von der Normandie, die eine Umwandlung des ganzen Beſitzrechts zur Folge hatte, ein Vorgang, der durch ſeine Aehnlichkeit mit römiſcher Rechtsbildung auch im Einzelnen frappirt.

Die Einführung der Recognitionen hat die Säſine eigentlich erſt geſchaffen, gerade wie die possessio im juriſtiſchen Sinne erſt mit den Interdicten Bedeutung bekommen hat. Und dieſes Schutzes der Säſine iſt überall, wo er auftritt, auch der Erbe theilhaft. Das prozeſſualiſche Inſtitut der Erbengewere wird als seisin in law als saisine héréditaire zu einem Inſtitut des materiellen Rechts [38]).

Freilich können wir hier faſt mit gleichen Worten wiederholen, was wir im Anfang des vorigen Paragraphen ſagten: Dieſer ſo gut wie unbeſtritten Satz iſt auch ſo gut wie werthlos; bei ihm kann man ſich Alles, d. h. nicht viel beſſer als gar nichts denken. Denn das ſcheinbar Unmögliche iſt wirklich geworden. Die Theorie der Säſine iſt noch um vieles verworrener als die der Gewere, und zwar von dem Augenblicke an, wo romaniſtiſch geſchulte franzöſiſche und engliſche Juriſten zuerſt eine ſolche Theorie verſuchten; nun mußten noch die Einflüſſe der

[38]) Literatur: Heusler, die Gewere §§ 27 ff. Brunner, Entſtehung der Schwurgerichte, namentlich S. 326 ff.

deutſchen Wiſſenſchaft hinzutreten und Methode in dieſe Verwirrung bringen. Warnkönig wiederholt für die Säſine Albrechts Lehre, Lorenz Stein ſpricht von noch in ungelöſter Einheit zuſammen gedachten Begriffen von Eigenthum und Beſitz zugleich, und Schäffner ſagt: der nächſte Verwandte „erbt alſo den Beſitz, d. h. (!) er kann ſich in den aktuellen Beſitz ſetzen.“ Wahrhaft erſtaunlich aber iſt es, wenn Gundermann von dieſem ſeltſamen Gewerebegriff, der Recht und Thatſache zugleich, der als seizin in law reine Schöpfung des Geſetzes iſt, behauptet, daß er in der Hauptſache mit dem Savigny'ſchen Begriff der possessio übereinſtimme [39]). Die neueſte Gewerethеorie, die Heusler auf die Säſine angewendet hat, bringt zuerſt Licht in dies ſonderbare Chaos; wenn wir im Einzelnen mit ihr nicht übereinſtimmen, ſo iſt dies die Folge davon, daß wir auch der Säſine gegenüber den Savigny'ſchen Beſitzbegriff aufgeben zu müſſen meinen.

Faſſen wir zunächſt die Säſine des anglo-normanniſchen Rechts in's Auge.

Das Mutterland des neuen Inſtituts iſt die Normandie, wo um 1150 Herzog Heinrich das Syſtem der Recognitionen ſchuf. Die Form, in der nunmehr der Beſitzſchutz eingeführt wurde, war, daß der Bailli beauftragt wurde, eine Jury zu bilden und derſelben die Frage, ob Kläger ſäſirt und in ſeiner Säſine geſtört war, vorzulegen.

Solche Frage war nun aber — nicht anders wie einer modernen Jury gegenüber — natürlich zweckmäßig,

---

[39]) Warnkönig und Stein, Franz. Staats- u. Rechtsgeſch. II S. 295, Schäffner, Franz. Rechtsgeſch. III S. 385. Gundermann, Engl. Privatrecht S. 309. Letzterem paſſirt es freilich auch, daß er S. 314 usurpatio für Erſitzung gebraucht.

ſo eng und beſtimmmt wie möglich zu formuliren; alle etwa zuſammengeſetzten Begriffe, die ihr zu Grunde liegen mußten, waren in ihre Elemente aufzulöſen, alle juriſtiſchen Erforderniſſe auf deren thatſächliche Vorausſetzungen zurückführen. In einfacher Konſequenz hiervon durfte der Bailli die Geſchworenen nicht fragen, ob das fragliche Grundſtück zur Zeit der Störung ſich im Erbbeſitz des Klägers befunden habe, ſondern er fragte geradezu nach den beiden einzig relevanten Thatſachen: beſaß Cato zur Zeit ſeines Todes, und iſt N. N. ſein nächſter Verwandter? Hieraus ergab ſich, daß der Erbe keineswegs die allgemeine Beſitzklage — das breve de nova dissaisina — bekam, weil jene Frage nach dem Beſitz eines Dritten, und nicht des Klägers, zu deren Formel nicht paſſen konnte, ſondern eine eigne Klage, die nun nicht de propria possessione, ſondern de saisina antecessoris ſtiliſirt war. So kommt es, daß von einer vererbenden oder ipso jure für den Erben entſtehenden Säſine im normänniſchen Recht gar nicht die Rede iſt, und doch im Effekt die Hauptwirkungen derſelben vorhanden ſind. Indem in der maßgebenden Klagformel ſtatt der eigenthümlich normirten Gewere des Erben nur deren Vorausſetzungen, der Beſitz eines Dritten und die Erbenqualität des Klägers erwähnt ſind, geht auch die Theorie des normänniſchen Rechts, formaliſtiſch, wie ſie iſt, nicht über dieſen unmittelbaren Inhalt der Formel hinaus und verſteht es nicht, das poſſeſſoriſche Recht des Erben ſelbſtändig zu konſtruiren[40]).

---

[40]) Noch evidenter erklärt ſich vielleicht dieſe Stiliſirung, die übrigens von den Schriftſtellern nicht genügend hervorgehoben zu werden ſcheint, aus der Formel des Breve de nova dissaisina im Tractatus (Warnkönig, Urkundenbuch S. 31); hier lautet die Frage nämlich, ob Kläger ultimo augusto ſäſirt war, die natürlich für den Erben vielfach ver-

Die Voraussetzung der recognitio de saisina antecessoris ist also zunächst die Säsine einer bestimmten Person zur Zeit ihres Todes.

Da die Säsine des normännischen Rechts mit der deutschen Gewere ziemlich zusammenfällt, ist auf ihr Wesen hier nicht näher einzugehen. Wenn die Quellen wiederholt und ausdrücklich hervorheben, daß sie nicht allein im Todesjahre, sondern auch am Todestage bestanden haben muß, so kann also als das substanzielle Element derselben nicht die wirkliche Nutzung, sondern nur die stete Möglichkeit dazu gelten [41]). Ein Titel ist weiter nicht erfordert; die Bestimmung des § 7 Somma II. 37, daß noch qualitas saisinae zu erforschen ist, erklärt sich nach § 8 ib. einfach dahin, daß ein feodum ad vitam bei Erblasser nicht genügt, daß dieser also nicht nach Art — cum animo— eines bloß auf Lebzeit Berechtigten besessen haben muß.

Käger ist alsdann der Erbe des so Säsirten; so wenigstens nach dem Rechte der Somma, während nach ältestem Recht nur der Sohn oder wohl gar nur der minderjährige — orphanus — berechtigt war, und zwar vermittels einer als Praecipe stilisirten Klage. Daneben er-

---

neint werden mußte; statt nun einfach zu sagen: Kläger oder sein Auctor gab man dem Erben eine eigne Klage. Doch ist es freilich möglich, daß das „ultimo augusto" bloß ungenau statt „post ultimum augustum" gebraucht ist, was nach § 1 Somma de consuet. Norm. II, 29 (Ludewig, Reliquiae Manuscriptorum, 1726, VII) und nach der Formel des Breve de patris saisina (Tractatus p, 31) sogar wahrscheinlich ist.

[41]) Très-anc. Cout. p. 13, Arrestae Scaccarii (Warnkönig UB. p. 76 u. 73), wo eine Klage fällt, weil jurati dixerunt, quod pater fuit saisitus aliquo tempore, sed nesciebant utrum die quo obiit. Danach hat das „die et anno" im Tract. p. 31. 35 nicht die Bedeutung von Jahr und Tag; auch § 1 Somma II 34 (hoc anno, quo obiit), ist wol bloß ungenau. — Eine Ausnahme für Wallfahrer § 5 II 34.

ſcheint aber eine Klage ſpätern Urſprungs, wenn auch ſchon in der Très-ancienne Coutume p. 13 angedeutet, die für entferntere Erben gilt, nicht als praecipe auftritt und den Namen breve de proximiore herede oder de nova eschaëta trägt. In der Somma ſind beide Klagen verſchmolzen und zwar ſo, daß die Form des praecipe fallen gelaſſen iſt [42]).

Gegenſtand der Klage iſt alles, woran Säſine möglich iſt, d. h. Grundſtücke und gewiſſe Gerechtigkeiten (Zehnten) [43]).

Einreden waren z. B. die der Verjährung: der volljährige Erbe muß binnen Jahr und Tag nach dem Bekanntwerden des Erbfalls klagen. Die der Konkurrenz der Erbtheilungsklage, d. h. Miterben dürfen nicht mit unſerm breve, ſondern mit dem — petitoriſchen — de portionibus faciendis et de genere negato klagen. Die der Erb- oder Vermögensunfähigkeit des Klägers, er ſei Baſtard, religonem professus. Die der falſchen Bezeichnung des Klaggrundſtücks u. ſ. f. Dagegen findet ſich eine petitoriſche Einrede nicht [44]).

Erhellt nun ſchon aus dem Obigen der poſſeſſoriſche Charakter unſrer Klage, ſo ſei nur als weitere Beſtätigung erwähnt, wie Quellen vielfach hervorheben, daß es ſich hier nicht um einen Streit über ein definitives, volles Recht handelt. Darum ſoll auch der Erbe nach Jahr und Tag nicht gehört werden, nisi de proprietate; der Minderjährige dagegen, der ſeinen Rechten nicht definitiv

---

[42]) Assissiae Norm. (Warnkönig, U.-B.) p. 53. 62. 48. 57. Für das Alter der beiden anfänglichen Klagen iſt maßgebend die Analogie des engliſchen Rechts. S. Brunner S. 344 ff.

[43]) Arrest. p. 76.

[44]) § 3 S. II, 34, Tract. p. 32 — S. II, 46, Tract. p. 41 f. — § 6 S. II, 34, Assis. 57, dagegen freilich Arrest. p. 88.

präjudiziren soll, darf gar nicht de proprietate, sed tantummodo possessione antecessoris klagen[45]).

Das englische Recht hat die neuen normännischen Prozeßinstitute ziemlich in ihrer ursprünglichen Gestalt, also wohl bald nachdem Herzog Heinrich das Reich Wilhelms des Eroberers unter seinem Szepter wieder vereinigt hatte, überkommen; daß die seisin, die jetzt in den englischen Rechtsbüchern auftaucht mit der normännischen im Wesentlichen identisch ist, versteht sich danach von selbst[46]).

Das Recht der seisin genießt den Ruf außerordentlicher Dunkelheit. Schuld daran ist zum Theil das Bestreben gerade der älteren englischen Juristen, namentlich Bracton's, römische Kunstausdrücke, römische Formeln und Kategorieen auf das heimische Recht anzuwenden, oft mit dem einzigen Erfolge, dies heimische Recht zu verwirren und zu verdunkeln. Der Hauptgrund aber ist, daß die alte wie die neue Theorie darauf ausgeht, seisin und Besitz zu identifiziren, und es nun Schwierigkeiten macht, den geläufigen Begriff der possessio und des possessorischen Schutzes mit gewissen positiven Bestimmungen des englischen Rechts zu ver-

---

[45]) Tract. 32. Der Unterschied der provisorischen und possessorischen von der definitiven petitorischen Klage wird durch eine Vergleichung des breve de feodo et vadio im Tract. 44 und bei Glanvilla sehr anschaulich. S. Brunner S. 320 f.

[46]) Literatur: Gundermann, Englisches Privatrecht 1864. Phillips, Englische Rechtsgeschichte § 37. Blackstone, Commentaries on the laws of England (7th. ed. 1775) II ch. 14, III ch. 10 f. Stephen New Commentaries (4th. ed. 1868) I, p. 396 ff. III, p. 483 ff. Reeves history of the English law. vol. I–III. Die englischen Quellen sind hauptsächlich nach der Ausgabe in Houard, traités sur les coutumes Anglo-Normandes 1776 citirt, Bracton nach der Folioausgabe von 1569, Britton nach der Edition von Nichols 1865, Hengham nach dem Anhang zu Fortescue 1775. Littleton und Coke nach Coke, Inst. of the laws of England, ed. 1794.

einigen. Es zeigt sich auch hier, wie der an sich völlig rationelle Begriff des Besitzes, den Savigny aufgestellt hat, doch nicht im Stande ist, irgend eine positive Gestaltung des Besitzrechts ausreichend zu erklären. Auch hier mußte man entweder die hergebrachte Besitztheorie opfern oder aber die Identität von seisin und Besitz leugnen und der ersteren einen selbständigen Inhalt vindiziren.

Da war erstlich die seisin in law, d. h. der Satz, daß die Säsine jezuweilen ohne entry, ohne Eintritt in das zu besitzende Grundstück entstehe. So nahe es lag, hier an den ganz entsprechenden Begriff der possessio civilis zu denken, so sehr also das Beispiel der mannigfach verfehlten Konstruktionsversuche der Glossatoren davor warnen mußte, die seisin in law der seisin in deed gegenüber als ein eigenes Rechtsinstitut aufzufassen, es wird auch für das englische Recht diese Säsine ohne entry zu einem Recht auf den Besitz, einer juristischen Gewere im Sinn der deutschen Theorie gemacht [47]).

Wie die seisin in law sich durch unsere Theorie ohne alle Schwierigkeit erklärt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Es sei nur erwähnt, daß entry außer den allgemeinen Folgen der Säsine noch gewisse eigene Rechtswirkungen hat, und so allerdings actual seisin und seisin in law auch ihrer juristischen Bedeutung nach nicht ganz zusammenfallen, und daß also insofern eine Theilung der Säsine in zwei Arten zwar immer noch nicht zu empfehlen ist, aber doch jedenfalls ihren guten Sinn hat. Wie sehr

[47]) Blackstone versucht dafür die Erklärung (II p 171), daß die Bequemlichkeit der possessorischen Klage induced others, who were wrongfully kept out of the freehold, to feign or allow themselves to be disseised, merely for the sake of the remedy.

auch die engliſche Theorie dies durchfühlt, daß das eigentlich Charakteriſche des Unterſchiedes der beiden Säſinen nur in ihren juriſtiſchen Folgen und nicht in ihrem thatſächlichen Inhalt liegt, folgt daraus, daß man dem Teſtamentserben ipso jure die actual seisin zuſpricht, eben weil dieſer auch ohne entry alle Rechtswirkungen derſelben genießt[48]).

Ein zweiter anſcheinend noch wichtigerer Punkt iſt, daß dem Wortlaut der Quellen nach dem a non domino feoffatus der Schutz der Säſine verweigert wird. Es wäre demnach evident, daß zum mindeſten von einem poſſeſſoriſchen Charakter ſolchen Schutzes nicht die Rede ſein könne. Aber ſelbſt der flüchtigſte Blick in ein engliſches Rechtsbuch etwa des dreizehnten Jahrhunderts ſollte doch lehren, daß dieſe Schutzloſigkeit nur dem dominus gegenüber, und ſelbſt da nur während einer kurz bemeſſenen Friſt gilt. Ueberdieß iſt dominus hier nicht etwa Eigenthümer, ſondern jeder frühere Beſitzer, von dem der gegenwärtige Beſitz nicht abgeleitet iſt. Man darf alſo durchaus nicht ſagen, daß zum Erwerb der Säſine irgend ein dingliches Recht des Autors oder ſonſt ein Titel[49]) nothwendig ſei: auch der Räuber und der Nachfolger des Räubers ſind ſäſirt und im Genuß der Rechtswohlthaten der Säſine; nur allein demjenigen gegenüber, der von

---

[48]) Stephen I, p. 409. Wenn Gundermann S. 160 außerdem actual freehold durch den Gegenſatz von reversion, alſo einem Fall des estate in contingency erklärt, ſo iſt das an ſich nicht unrichtig, aber jedenfalls ohne Zuſammenhang mit dem hier in Frage ſtehenden Begriff der actual seisin oder actual freehold.

[49]) Danach ſind die veri tituli zum Erwerbe von liberum tenementum bei Hengham (Summ. parv. c. VI) aufzufaſſen; ſie ſind nur erforderlich, um vollſtändig und nach allen Seiten, d. h. auch dem verus dominus gegenüber zu ſchützen.

ihnen entwert worden, ſind ſie, den possessores vitiosi des römiſchen Rechts analog, ohne Schutz, ſo lange nicht der Mangel ihres Beſitzes durch Zeitablauf ergänzt iſt. Der ganze Satz bedeutet alſo, daß vim vi repellere licet, und zwar nicht bloß in continenti, ſondern innerhalb einer engen Friſt, gegen deren Ablauf man ſich durch formellen Proteſt — claim — wahren kann [50]). Dadurch erledigt ſich dann noch ein weiterer, zuerſt ſehr überraſchender Umſtand, daß der Beſitzer nämlich bei Anſtellung ſeiner Klage einen Titel behaupten muß: es iſt das nichts als eine Replik auf die anticipirte Einrede der vitiosa possessio. Zu beweiſen iſt dieſe Behauptung natürlich bloß, wenn die Einrede wirklich erhoben und bewieſen iſt [51]).

Es ſind alſo nicht, wie man faſt durchgehend gemeint hat, prinzipielle Punkte, in denen das Recht der Säſine und der possessio auseinandergehen. Im Einzelnen

---

[50]) Bracton c. 7 § 1, IV, 1: Licet talis injuste possidens nullam haberet actionem contra veros dominos, habebit tamen querelam et remedium per assisam contra tales qui jus non habent . . et ipsi contra tales nullam habebunt exceptionem tenerae seisinae vel liberi tenementi. c. 18 § 2 ib. talis qui est in possessione statim habet liberum tenementum erga feoffatorem suum et extraneas personas . ., contra verum dominum non sine temporis intervallo quod sufficere possit pro titulo, ita quod possidens ejici non possit sine judicio.

[51]) c. 18 § 1 ib.; eine auch ſonſt ſchwer verſtändliche Stelle, die aber ſchon wegen des § 2 ib. unmöglich bedeuten kann, daß Kläger gleich von vorneherein ſeinen Beſitz durch Nachweis eines Titels rechtfertigen müſſe, ſonſt würde Bracton hier das gerade Gegentheil von dem ſagen, was er ſonſt lehrt. Wenn Heusler S. 425 auf Grund dieſer Stelle annimmt, daß zur Beſitzklage Freeholdserwerb, wenn auch ohne ſtrengen Nachweis erfordert wäre, ſo macht er einen Unterſchied zwiſchen freehold und seisin, den er nirgends klar formulirt und den auch die Quellen nicht kennen: von einem minder ſtrengen Beweis enthalten Letztere vollends nichts.

vollends ist die Uebereinstimmung fast durchweg gewahrt und wird auch namentlich von Bracton und in der Fleta bewußt und nachdrücklich hervorgehoben [52]). Der einzige erhebliche Unterschied ist eigentlich der, daß nach bekanntem englischen Sprachgebrauch proprietas und dominus durchgängig Lehnrecht und Vasall bezeichnen, und sich danach auch der Sinn des animus domini in etwas modifizirt; daraus erklärt sich dann auch der Immobiliarcharakter der Säsine. Sonst gelten die Grundsätze des römischen Rechts namentlich über Erwerb und Verlust des Besitzes im Wesentlichen auch für das englische.

Die Säsine wird nun gegen Störungen aller Art durch eine eigne possessorische Klage, gegen die petitorische Einreden unzulässig sind, die Assisa Novae Disseisinae geschützt. Ganz nach dem Vorbilde des normannischen Rechts tritt aber neben sie eine eigne Assisa de morte antecessoris, brief of Mortauncester, die den Nachlaßbestand auf Grund der Säsine des Erblassers zu schützen bestimmt ist [53]).

Voraussetzung dieser Klage ist zunächst, daß eine bestimmte Person Säsine und zwar was man später actual seisin nennt, gehabt, d. h. im Allgemeinen, daß sie entry

---

[52]) S. z. B. Bracton 6 § 1, IV, 1 und Coke zu Littl. s. 448.

[53]) Die Formel lautet bei Glanvilla XIII, 3: Rex vicecomiti salutem. Si G. filius F. fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc summone per bonos summonitores XII liberos et legales homines de visineto de illa villa, quod sint coram me vel Justiciis meis eo die parati sacramento recognoscere, si F. pater predicti G. fuit seisitus in dominico suo sicut de feodo suo de una virgata terre in illa villa die qua obiit, si obiit post primam coronationem meam et si ille G. propinquior heres eius est et interim etc. Die Formel bei Bracton ist im Wesentlichen hiervon nicht verschieden. S. auch Stat. of Northampton von 1176 in Coke's Institutes II, Reeves I, p. 87, Quoniam attach. c 52. 1.

in das Klaggrundstück gethan habe[54]). Näher wird dies dahin bestimmt, daß sie morust seisie en soen demeyne cum de fee, in dominico suo ut de feodo[55]).

En soen demeyn erklärt sich durch seinen Gegensatz: ceo que est tenu en seignurie ou en service ou en commun ovekes autres und ist danach wol mit „nach Art eines Lehnsmannes" zu übersetzen. Natürlich darf dieser Lehnsmann nicht durch Subinfeudatio zum Lehnsherren geworden sein, wogegen es darauf nicht ankommt, ob er selbst im Ususfructus ist oder aber diesen verpachtet hat[56]).

Besitz ut de feodo liegt aber dann vor, quant que chescun homme tient a ly et a ses heirs, d. h. wenn jemand nicht nach Art eines bloß auf Lebenszeit berechtigten besitzt; nicht aber ist Bedingung, daß der Verstorbene „ein vererbbares Recht" gehabt habe[57]).

Ein so qualifizirter Besitz, auf dessen Dauer es übrigens gar nicht ankommt[58]), muß nun noch zur Todeszeit des Besitzers vorhanden gewesen sein und zwar nicht nur am Tage, sondern sogar zur Stunde des Todes[59]).

---

[54]) Coke zu Littl. s. 6. 236.

[55]) Britt. III, 1. Regiam Maj. III. c 28. 1.

[56]) Britton III, 15 § 1, Bracton c. 9 § 5 IV, 3. Ueber den Sprachgebrauch cf. Reeves I, 155.

[57]) So Gundermann S. 334. S. aber Britt. III, 16 § 2, wonach ausi cum de fee sowohl pure verité als auch colour de verité, cum est de disseisours bedeutet; ebenso Littl. p. 1 und dazu Coke's Note. Ueber das Ganze Bracton c. § 6, IV, 3, Britt. III, 16. Später tritt übrigens, mit dem Aufkommen des fee in tail eine Verschiebung des Sinnes von ut de feodo ein. Ebenso gibt Coke eine andere Erklärung von in dominico suo (zu Littl. p. 2), gegen die übrigens Stephen I, p. 243 opponirt.

[58]) Dies war controvers. Kings Bench stieß aber ein dissentirendes Urtheil von Hengham im Sinn der allgemeinen Ansicht um. Cf. Selden's Note zu Hengham Sum. Parv. c. VI.

[59]) c. 9 § 7. 8. c. 12 § 1 bei Bracton IV 3; Britt. III, 17 § 1. 2.

Dieſer Zeitbeſtimmung gleich ſteht der Tag, quo habitum religionis assumpsit und quo iter arripuit, in quo itinere obiit [60]).

Kläger iſt nun der Erbe des Beſitzers. Aber ſelbſt wenn man dem Satz: solus Deus facit heredem zufolge den Teſtamentserben von vorneherein ausſchließt [61]), nicht jeder Erbe, ſondern der älteſten normänniſchen Geſtalt der Klage entſprechend, nur Sohn oder Tochter und zwar jenachdem ſie minderjährig ſind oder nicht, mit zwiefacher Klagformel [62]). In dem Zeitraum aber, der zwiſchen Glanvilla und Bracton liegt, wird die Aſſiſe zunächſt auf die Säſine der Mutter, der Geſchwiſter und von Onkel und Tante ausgedehnt; ſodann werden für Enkel und Urenkel eigne writs of ayel und besayel, für alle anderen Verwandten bis zum vierten Grade ein writ of cosinage eingeführt. Dieſe neuen Klagen ſind ſämmtlich als brevia de praecipe quod reddat ſtiliſirt, ſo daß Coke ſie überhaupt gar nicht als Aſſiſen gelten laſſen will [63]). Fernere Grade bleiben auch jetzt ausgeſchloſſen, damit die Geſchworenen möglichſt de proprio visu et auditu über die Nähe der Verwandtſchaft ſollen urtheilen können [64]). Allgemein gilt aber dabei der Grundſatz, daß, wenn mehrere Erben von verſchiedener Gradesnähe bei einer

---

[60]) Eigene Formeln dafür bei Glanv. XIII, 4. 6; cf. Bract. c. 9 § 7 IV, 3.

[61]) Coke zu Littl. s. 1. Uebrigens hat der Teſtamentserbe (devisee) an Stelle der Aſſiſe ein eignes Breve ex gravi querela. Reeves III, 49. Coke zu Littl. 167.

[62]) Glanvilla XIII c. 5.

[63]) Bracton c. 2 § 2. 3 IV, 3. c. 1 IV, 4. Reeves I, p. 359. Coke II zu Stat. of Mert. ch 8, Westm. 2nd ch. XX.

[64]) Bracton c. 1. IV, 4. Reeves I, p. 363. S. übrigens Fitzherbert N. N. B. 221 bei Gundermann S. 351.

Erbschaft konkurriren, der Grad des Nächstverwandten darüber entscheidet, ob die Miterben eine possessorische Klage haben, und welche [65]). Unter allen Umständen müssen aber sämmtliche etwaigen Miterben im Breve namentlich aufgeführt werden, obwohl sie nicht alle mitzuklagen brauchen [66]).

Gegenstand der Klage ist alles, woran Säsine möglich ist, mit Ausschluß jedoch der Servituten, für die eine eigne Erbbesitzklage: Quod permittat genannt, ein writ of praecipe, eingeführt war [67]).

Klagegrund ist jede Störung des Nachlasses, d. h. jeder eigenmächtige Eingriff in denselben. Da die Klagformel jedoch nicht von einem Besitz des Erben, sondern nur von dem des Verstorbenen redet, so faßt man auch die Störung des Nachlaßbestandes nicht als eine gegen den Erben gerichtete Besitzstörung, disseissina, auf. Im Gegentheil konstruirt man als verschieden von dem attack upon him who is in actual possession den Begriff der intrusion, d. h. a wrongful entry where a possession was vacant, ja man stellt sogar die Störung des Nachlasses als eine eigne Art der intrusion unter dem Namen abatement auf [68]).

---

[65]) Die accioun mixte c. 2 § 4. 5, IV 3 bei Bracton.

[66]) Britt. III, 8, 14; 20, 7.

[67]) Bract. c. 5 § 1. 2 IV, 4 Britt. III, 25. Fleta V c. 10. Ueber das Wort communia, das Gundermann merkwürdiger Weise einfach mit Gemeinschaftsrecht wiedergibt, s. Rastallus bei Ducange s. h. v.: common, est le droit que homme a de mitter ses beasts a pasture . ., qui n'est son propre soil. Ebenso Fleta IV, 19, wogegen Sächs. Landrecht II, 47 § 4 doch wol nicht hergehört. — Andere Immobiliarrechte fallen unter die Klage. Littleton s. 236.

[68]) Coke zu Littl. 475. Britt. III, 1. 3. Fleta IV, 30. 2. Blackstone III, 167.

Dieſer Klaggrund hat nun aber, ähnlich wie die disseisina auch, nur noch umfaſſender, dingliche Wirkung, d. h. Beklagter iſt nicht bloß jeder Störer, ſondern wer nur immer ein Nachlaßſtück, das durch intrusion aus dem Nachlaß gekommen, in Händen hat. Und zwar nicht etwa in der Weiſe, daß er als unrechtmäßiger Beſitzer präſumirt würde, ſondern ſo, daß er ſich durch Stellung ſeines Autors, ſeines warrantus von der Haft befreit. Folgt dieſer ſeiner Aufforderung nicht, oder kommt er zwar, leugnet aber ſeine Gewährſchaftsverpflichtung, ſo bleibt der Inhaber nach wie vor, den Rückgriff auf den Autor natürlich vorbehalten, verhaftet, iſt jetzt ſogar mit ſeinen weiteren Einreden präkludirt. Beklagter iſt der nicht beſitzende Störer nur dann direkt, wenn er nach Ertheilung des Breve veräußert hat; ſtirbt er aber avaunt le jour de plais, ſo haftet wieder der Inhaber ausſchließlich [69]).

Klageziel iſt anfangs bloß die Reſtitution des Klaggrundſtücks; dagegen beſtimmte das Statute of Gloucester (6 Edw. I. c. 1) que desormes damages [70]) soient agardes en touts cases ou home recover per assise de mortauncester, was ſchon früher — Stat. of Marlebridge, 53 Henry III c. 16 — en case on tenements fueront recovers devers chief seigniors galt.

Alles nun, was Verklagter zu ſeiner Vertheidigung vorbringen kann, alſo alle Einreden im weiteren Sinn zerfallen prozeſſualiſch in zwei Gruppen, je nach dem ſie in einer bloßen Beſtreitung der im Breve der Jury zur

---

[69]) Bract. c. 7 IV, 3. Britt. III, 11. Bract. c 9 § 12 eod. c. 12 § 2 eod. Britt. III, 21. 3 f. Fleta IV, c 2, 23. S. auch Note 79.

[70]) Und zwar produce received and to be received ... without any allowance to be made to a wrongdoer for improvements. Reeves I p. 331 f. Bract. c. 7 IV, 4 Reg. Maj. III, 28. 18.

Recognition gestellten Thatsachen bestehen, oder aber die Behauptung weiterer Fakta enthalten, welche jene ersteren Thatsachen als unerheblich erscheinen lassen. Die erste Gruppe von Einreden hat zur Folge, daß die Jury nunmehr ihren Wahrspruch über die bestrittenen Thatsachen abgeben muß, die andre aber läßt die Assise als geradezu unstatthaft erscheinen und veranlaßt einen selbständigen Prozeß in dem Beweisverfahren über die Einredethatsachen. Wie jeder ordentliche Prozeß war dann auch dieser ursprünglich im Wege des Duells auszutragen, später entschied ihn der Wahrspruch einer eignen Jury, jurata, — daher der Ausdruck, assisa vertitur in juratam, — endlich durfte diese Jury aus denselben Mitgliedern wie die Hauptjury bestehen, so daß damit eigentlich die prozessualische Verschiedenheit der Behandlung der beiden Einredegruppen fortgefallen war [71]).

Da nun das Breve lediglich die Säsine des Erblassers und die Verwandtschaft des Klägers mit ihm zur Recognition stellte, so waren Einreden der ersten Gruppe nur die folgenden.

1. Der Erblasser sei gar nicht oder nicht zur Zeit seines Todes oder nicht en soen demeyne ausi cum de fee säsirt gewesen. Dagegen z. B. die Replik: der Verlust der Säsine sei ungiltig, da der Verstorbene zur Zeit der Veräußerung geistesschwach gewesen [72]).

2. Kläger sei nicht Erbe

a. weil der angebliche Erblasser noch lebe,

---

[71]) Reeves I, p. 234 ff.

[72]) Die scheinbar petitorischen Einreden des Kaufs, der Schenkung, der lex commissoria u. s. f. beziehen sich in Wahrheit nur auf den Verlust der Säsine. Bracton c. 12 § 1. c. 13 § 1. c. 17 § 4. IV, 3 § 2. Britt. III, 17.

b. weil noch ein näherer Verwandter oder ein gleich naher im Breve nicht genannter vorhanden sei,

c. weil er erbunfähig, z. B. Baſtard ſei,

d. wenn Erblaſſer ihm „en ousta par assignement per sa dreyne volunté par testament", wenn le tenement soit devisable par usage [73]).

Die Einreden der zweiten Gruppe ſind

1. rein prozeſſualiſche wie Schreibfehler im Breve (z. B. Bracthon ſtatt Bracton), Raſuren u. ſ. f. [74]).

2. Berufung auf konkurrirende Klagrechte,

a. auf die Erbtheilungsklage; dieſer und nicht der Aſſiſe haben ſich Miterben gegeneinander zu bedienen, wobei bemerkt werde, daß nicht jeder coheir auch coparcener iſt, d. h. bei der Theilung etwas abbekommt; auch wenn bei dieſer ein Erbe den Vorzug hat, betreffs der Säſine they were considered all equally justi et propinqui [75]).

b. auf die Aſſiſa novae disseysinae: la saisine del dreist heir en tens de vacacioun del heritage . . ly sera touz jours barre a recoverer par ceste assise, pur ceo que assise de novele disseisin i tient lu [76]).

---

[73]) c. 12 § 5. c. 15. Bract. IV, 3, § 6. Britt. III, 17, c. 7 ib. III, 20. c. 2 ib. III, 22.

[74]) c. 13 § 2. c. 10 § 2. Bract. IV, 3. Reeves I, p. 333. Quon. attachiamenta c. 52 n. 6.

[75]) Miterben ſind qui fuerint de eodem stipite unde haereditas illa descendit, cuius Saisina petitur. Reg. Maj. III, 29. 11. sive sint participes i. hereditatis capaces sive non capaces. c. 18 c. 1. Bract. IV, 3. Halbbrüder gehören aber nicht her c. 11 § 1 eod. ebenſo muß, binnen beſtimmter Friſt wenigſtens, der postnatus ſich die Aſſiſe gefallen laſſen. c. 11. c. 1 § 2. eod Reeves I, p 362. — Die gleiche Einrede findet auch gegen die Magna Assisa ſtatt. Glanv. II, 6.

[76]) Britt. III, 14 § 2.

c. auf eine Klage, die an ſich nach dem Mortauncester angeſtellt werden ſoll, aber bereits eingebracht iſt [77]).

3. Einrede mangelnder Paſſivlegitimation (excepcione de noun tenure) die beim writ of cosinage übrigens nicht mit andern Einreden cumulirt werden darf [78]).

a. Das Grundſtück iſt falſch bezeichnet.

b. Verklagter beſitzt es nicht oder nur theilweiſe: im letzteren Fall muß er aber angeben, wer das andre Stück inne hat, ſchon um Repliken (dieſer ſei tenant at will des Verklagten u. ſ. f.) zu erleichtern.

c. Er beſitzt es de bail ou a la volunté ou en garde de acune tierce persone, sauntz qui il ne poet respoundre [79]).

4. Einrede der Verjährung [80]).

5. Excepcioun de felonie, ein Sammelname [81]).

a. Kläger iſt prozeßunfähig.

b. oder Höriger des Verklagten (villeyn et son astrer) [82]).

c. Erblaſſer iſt felon, daher unbeerbar.

d. Verklagter iſt Minderjähriger [83]).

e. Verzicht, Vergleich, Urtheil.

6. Einrede der Mobiliarqualität gewiſſer Immobilien nach Lokalgewohnheit [84]).

---

[77]) ib. 22 § 9.

[78]) ib. 21 § 6.

[79]) Britt. III, 21, 16. 4.

[80]) Die Detailbeſtimmungen hierüber haben im Laufe der Zeit vielfach gewechſelt S. namentlich Stat. of Merton (20 Henry III ch. 8) und 32 Henry VIII c. 2 und Coke's Noten zu erſterem Geſetz.

[81]) Britt. III 22 c. 16 § 1. Bract IV, 3.

[82]) Aber villanus quoad extraneos pro libero habetur, Hengham c. VIII.

[83]) Detailbeſtimmungen c. 14 15. Bract IV, 3. Reg. Maj. III, 30—32.

[84]) Alſo nicht das Vorhandenſein einer Gewohnheit, wonach über

7. Einreden aus den vitia possessionis.

Nach älterem Recht waren diese ausgeschlossen, und es galt der Grundsatz: descent tolls entry, d. h. Selbsthilfe ist gegen den Erben eines Dejicienten unzulässig und unterliegt dem Mortauncester. Durch 37 Henry VII. ch. 1 und 32 Henry VIII ch. 33 wird dieser Satz indeß außer Kraft gesetzt, wenn der Dejicirte gar nicht in der Lage war, gegen den Dejicienten selbst entry zu thun, und auch sonst, wenn Kläger nicht fünfjährigen Besitz seines Autors nachweisen kann [85]).

8. Die Einrede verweigerter Lehnsdienste.

Die Spitze der Klage ist zwar recht eigentlich gegen den Lehnsherren gerichtet; indeß muß Erbe sich gleichzeitig mit der Klage zur Leistung seiner Lehnspflichten erbieten, vorausgesetzt nämlich, daß er Verklagten als Lehnsherren anerkennt. Während der Minderjährigkeit darf der Vasall die Klage überhaupt nicht gegen den Herrn anstellen [86]).

Dies sind die wesentlichen Grundsätze des Rechts des Erbbesitzes im ältern common law; von den wenigen bereits erwähnten Veränderungen abgesehen, hat auch das spätere Recht diese Grundsätze beibehalten. Freilich verloren sie wie die gesammte Theorie der Säsine sehr bald an Bedeutung, und schon unter Eduard III. fängt die Assisa de morte antecessoris an, durch Formen des writ of entry (of formedon u. s. f.) verdrängt zu werden.

Immobilien letztwillig verfügt werden kann, wie Gundermann S. 346; das folgt schon indirekt aus Britt. III, 20. 7. Bei Bracton ist mithin das Hauptgewicht auf sicut catallum zu legen (c. 3 § 13 IV, 3).

[85]) Blackstone III, 177. Crabb, Engl. Rechtsgeschichte (deutsch von Schäffner) S. 470 Coke zu Littl. s. 385.

[86]) Bract. 1, IV, 3 Britt. III, 6. Fleta V, 1. S. Phillips Engl. Reichs- und Rechtsgesch. p. 140; aber auch Heusler S 435.

Vollends zu Blackstones Zeit ist sie zwar nicht out of force, though . . certainly out of use. Im heutigen Recht — seit 3 und 4 Will. IV. c. 27. s. 36 und 15. 16 Vict. c. 76 — ist sie sammt allen andern Realklagen völlig aufgehoben[87]).

Werfen wir nun noch einen Blick auf das Ergebniß dieser Darstellung. Dasselbe wird sich in drei Punkte zusammenfassen lassen.

1. Das englische Recht verlangt von Jemandem, der auf Grund seines Erbrechts Schutz begehrt, nicht unbedingt den Nachweis eines vollen dinglichen Rechtes, das sein Erblasser gehabt, sondern nur, daß er den Besitz desselben an der eingeklagten Sache darthue.

2. Der Schutz, den der Erbe alsdann genießt, ist possessorisch, d. h. es darf sich auch der besser Berechtigte dem Erben des Besitzers gegenüber einredeweise auf sein besseres Recht nicht berufen. Denn einmal erwähnen die Quellen, die doch sonst gerade die Theorie der Exceptionen mit besonderer Vorliebe behandeln, petitorische Einreden nirgends; ja sogar die verwandten exceptiones vitiosae possessionis sind späteren Ursprungs. Sodann erwähnen die Quellen selbst häufig den Gegensatz der Gruppe von Klagen, der das Mortauncester angehört, zu allen andern, nennen sie possessorisch und diese petitorisch und scheiden sie nach dem Klagfundament auf das strengste[88]. Was sie aber unter possessorischem Schutz verstehen, das geht

---

[87]) Blackstone II, 197. Reeves III, 29. Stephen III, p. 483 f. Rüttimann, Englischer Civilprozeß § 32.

[88]) Blackstone III, 180. Diese Klagen seien merely possessory .. they meddle not with the right of ownership. Miroir des Juges II, 25: Et si come grand Assise serve al droit de propertié, auxi serve le petite ... al droit de possession.

klar daraus hervor, daß ſie vielfach den proviſoriſchen Charakter unſerer Klage betonen; ſowohl Kläger als Beklagter habe mit dem Verluſt des Prozeſſes, der in der Form des Mortauncester geführt würde, noch nichts definitiv verloren; beide können noch auf das dingliche Recht recurriren [89]).

3. Dagegen kennt das ältere engliſche Recht den Begriff des Erbbeſitzes noch nicht. Obwohl für jede entwickelte Theorie das Bedürfniß vorhanden ſein mußte, dem Beſitz des Erblaſſers gegenüber, der doch nur Grund, nicht Gegenſtand des Aſſiſenſchutzes war, das wirklich geſchützte Verhältniß ſelbſtändig zu konſtruiren, laſſen die engliſchen Rechtsquellen letzteres ganz außer Augen und operiren höchſtens mit dem Ausdruck vacua possessio, der doch eigentlich eine contradictio in adjecto enthält. Selbſt der ſpäter aufgeſtellte Begriff der seisin in law ſpielt gerade bei der Konſtruktion des Erbbeſitzes keine große Rolle. Es iſt aber freilich nicht bloß theoretiſches Ungeſchick, was der Konſtruktion des Erbbeſitzes im Wege ſtand, ſondern weſentlich der materielle Unterſchied in der rechtlichen Behandlung der Säſine des Erblaſſers und des Erbbeſitzes. In der That iſt im engliſchen Recht der poſſeſſoriſche Schutz des Erben zwar vorhanden und klar ausgebildet, aber — zum Unterſchiede von den meiſten andern Rechten — iſt er zu einem eigenen und ſelbſtändigen Inſtitut ausgebildet [90]).

[89]) S. ſchon Glanv. XIII, 9. 10 Ebenſo Blackstone III, p. 180, der die poſſeſſoriſchen Klagen als without prejudice to the right of ownership bezeichnet. Ferner Reeves p. 177 p. 365.

[90]) Die Fragen, die zum Schluß dieſes Paragraphen behandelt ſind, haben bisher keine eingehende Behandlung erfahren. Bei Engländern iſt das ſelbſtverſtändlich, Blackſtone's bezügliche Bemerkungen klären z. B. die poſſeſſoriſche Natur der Aſſiſen wenig auf. Aber auch

§ 4.

3. Das französische Recht.

In Frankreich ist die Rechtsentwicklung vielfach ähnlich gewesen, wie in der Normandie und in England. So hat sich auch hier das prozessualische Institut der Gewere als saisine zu einem Institut des materiellen Rechts entwickelt, und auch hier unter dem ausschließlichen Einfluß des Amtsrechtes [91]).

In ihrem Wesen ist nun die französische saisine von der deutschen Gewere und der englischen seisin gar nicht unterschieden, und auch von der possessio weicht sie nur in der durch das Lehnrecht beeinflußten Bestimmung des animus possidentis ab. Sie ist also nichts als das thatsächliche Verhältniß einer Person zu einer Sache, das dieser die Möglichkeit gewährt, letztere wie ein Lehnsmann [92]) zu beherrschen.

Die normale Bedingung, unter der die Säsine geschützt

Gundermann's und selbst Heusler's Darstellung lassen nicht einmal klar erkennen, was unter eigentlich possessorischem Schutz zu verstehen, und ob dieses bei den englischen Assisen vorhanden sei.

[91]) Literatur: Außer Heusler namentlich Renauds bereits citirte Abhandlung in der Ztsch f. R W. u. Gesetzgeb. des Ausl. XIX. XX, Theodor Warnkönig, Historische Darstellung des franz. Erbrechts, Warnkönig und Stein, Franz. Rechtsgeschichte II, S. 295 ff. Schäffner, Franz. Rechtsgesch. III S. 293 ff 363 ff. Die französische neuere Besitzliteratur war uns leider unzugänglich. Die Coutumes sind, wo nichts anderes angegeben, nach dem Coutumier général von Bourdot de Richebourg citirt; die andern Quellen meist nach der Collection des documents inédits pour servir à l'histoire de France, soweit sie darin erschienen sind.

[92]) cum animo vasalli. Etwas Anderes wollen auch Ausdrücke wie tenant come dou sien (Assises de la Haute Cour, ed. Beugnot ch. 151, p. 227 de la Cour des Bourgeois p. 402) und tanquam suum patrimonium proprium (Olim 1311. IX) nicht besagen.

wird, ist, daß jene Möglichkeit der Herrschaft einmal realisirt gewesen sein muß[93]) Seit Beaumanoir ist aber weitere Voraussetzung, daß die Säsine nach solcher Realisirung Jahr und Tag gewährt haben muß, und die Livres de Jostice et de Plet stellen nunmehr folgende Definition auf: Nos apelons veraie sésine, quant aucuns remaint sési an et jor comme sires et par jostice à le veue et à la seue de celui qui demender puet et ne veaut demender et se test[94]). Gerade aus dieser Stelle geht nun aber weiter hervor, daß zur Begründung der Säsine auch Auflassung gehörte, was für Lehen auch ein Pariser Weisthum bestätigt[95]).

Diese Säsine gilt nun für vererblich. In unzähligen Wendungen wiederholen die Quellen immer von neuem, daß die Kinder sont incontinant apres leurs (der Eltern) trespas saisiz et vestuz et en vraye possession et saisine[96]).

---

[93]) Wie im englischen Recht genügt aber auch symbolische Apprehension, (Investitur, Uebergabe einer Urkunde) cf. S. 89 Note 52.

[94]) Beaumanoir, les Cout. du Beauvoisis (ed. Beugnot 1842) ch. XXXII. Livres de Jost. et de Plet (ed. Rapetti in der Coll. des doc. ined.) III, 5 § 4. Das Nähere ist bekanntlich sehr bestritten. Bruns, Besitz im Mittelalter p. 359. Heusler S. 390 ff.

[95]) Coustumes tenues toutes notoires et jugées au Chastelet de Paris n. 53 (hinter Brodeau Cout de Paris commentée, 1669): Aucun en cas de fiefs n'est à ouir ne à recevoir, à faire ou intenter demande en cas de Nouuelleté, contre aucun autre, se il n'est en Foy .. du Seigneur .. de la chose, en quoy il se dit estre troublé. cf. Etabl. de St. Louis (ed. Ducange, in dessen Ausgabe von Joinville histoire de St. Louys) II, 4. Grand Coutumier (ed. Laboulaye et Dareste 1868) p. 233. Was will dann aber Grand Cout. p. 231 sagen, wo occupation als zur Säsine führend dargestellt ist? Auch Loisel's Definition (Instit. coutumières, Dupin et Laboulaye 1846) V, 4. n. 10 erwähnt die Auflassung nicht als erforderlich. Die ganze Frage ist uns höchst zweifelhaft.

[96]) Cout. de Rheims (Varin), siècle XVième partie I. III. ch. 6 n 3.

und oft heben sie noch ausdrücklich hervor, daß dies ohne jeden Akt der Apprehension geschehe[97]). Eine berühmte Stelle des Grand Coutumier coordinirt sogar den Erwerb durch Erbgang den andern Erwerbsarten und sagt allgemein: Ils sont trois espèces de possessions suffisant à saisine; c'est assavoir: possession acquise par occupation, possession acquise par succession et possession acquise par tradition de fait[98]). Von dem Erforderniß des Ablaufs von Jahr und Tag befreit dieser Erwerbsgrund natürlich nicht, nur kann, ähnlich wie bei der Usucapion im römischen Rechte, der Erbe sich die Zeit, während deren sein Auktor besaß, anrechnen[99]). Eine besondere Auflassung an den Erben, etwa durch den Lehnsherren, ist dagegen nicht erforderlich.

Die historische Entwicklung dieses Satzes ist nicht völlig aufgehellt, und nur aus der unbestrittenen Thatsache, daß die Vererblichkeit der Lehen erst allmählich sich ausgebildet und später immermehr erweitert hat, läßt sich schließen, daß auch die saisine héréditaire erst in späterer Zeit entstanden ist[100]). Jedenfalls sagen Ende des 13. Jahrhunderts die Établissements de St. Louis schon, daß man Restitution der Gewere fordern dürfe, wenn man selbst investirt ist ou ce cil por qui il l'a demandé n'en a esté sesis, de quoi il est despouillé[101]). Aus dieser Stelle

---

[97]) Cout. de Arras 16, Bourbonnais 299, Nivernais 34 § 1, Blois 136, St. Sever XII § 11 u. f. f.

[98]) Grand Cout. p. 231.

[99]) Loisel V, 4. n. 10: qui a joui par an et jour .. par soi ou son predecesseur .. a acquis la saisine.

[100]) Ja noch Desmares (Décisions im Anfang zu Brodeaus citirtem Werk) dec. 234 muß bemerken, que particulierement il y ait Coustume locale, où il faut necessairement Saisine de Seigneur. Für Seitenverwandte Cout. de Brétaigne anciennes 573, nouv. 540 f.

[101]) Etabl. II, 4. S. Laurière's Note f zu dieser Stelle (Ausgabe

folgt ſodann auch, daß die juriſtiſche Konſtruktion der Erbengewere in Frankreich ihre hiſtoriſche Entwicklung gehabt hat: man ſieht, daß der Erbe hier nicht als ſäſirt betrachtet wird, ſondern auf Grund der Säſine ſeines Auktors auch für ſich den Beſitz begehrt. Es ſcheint nach dieſer Stelle und noch vielmehr nach einer Wendung in den etwas ſpäteren Livres de Jostice et de Plet [102]) ſogar, daß ganz in der Weiſe des anglonormanniſchen Rechtes der Erbe eine eigne Beſitzklage gehabt habe. Hernach iſt davon freilich keine Rede mehr, und Erbe wird nicht mehr anders behandelt, wie ſonſt ein durch Inveſtitur-ſäſirter. Nur zwei Ausnahmen von dieſer Gleichſtellung giebt es.

Erſtlich, zum Nachtheil des Erben, ceſſiren ſeine Rechte zum Theil dem Lehnsherren gegenüber. Das wird bei den Einreden näher zu erörtern ſein.

Sodann, in favorem heredis, wird bei ihm von dem Grundſatze abgeſehen, daß eine Säſine immer nur an beſtimmten einzelnen Immobilien ſtattfinden kann [103]); dem Erben wird eine Säſine an dem Nachlaß als einer universitas rerum zugeſtanden. Das hat für den Erben einen doppelten Vortheil. Erſtlich kann er auf dieſe Weiſe Reſtitution von Mobilien fordern; ſodann brauchte er nun nicht für jedes einzelne Stück, das er einklagte, den jäh-

in den Ordonnances des rois de France de la 3iéme race. tome I). Loisel II, 5 n. 1 Note.

[102]) XIX, 44 § 6 (Heusler S. 385): Se aucuns se plaint que l'en l'ait désesi ou demande la sesine son père.

[103]) Freilich kommt noch Olim I, 489 n. 4 die Einklagung eines dolium vini vor. Jedenfalls iſt es aber unrichtig, den Ausſchluß der Mobilien auf romaniſtiſchen Einfluß zurückzuführen, wie Heusler S. 400 thut. Es war doch die Analogie des uti possidetis und natürlich des uti possidetis in ſeiner juſtinianiſchen Geſtalt, die in Frankreich maßgebend war. Daraus würde aber eher die Zuläſſigkeit der Mobiliarbeſitzklage zu folgern ſein.

rigen Besitz seines Erblassers nachzuweisen, sondern es genügte, dessen Zugehörigkeit zum Nachlaß darzuthun; Verklagtem stand es natürlich frei, excipiendo den Beweis zu führen, daß der Erblasser gerade das eingeklagte Stück nicht durch Jahr und Tag besessen habe [104]).

Der Erbe hat also auch ohne daß er sich seines Nachlasses faktisch bemächtigt hat, zum Schutze desselben nicht allein die petitorische, sondern auch die gewöhnliche possessorische Klage, die complainte en cas de saisine et de nouvelleté.

Kläger ist der Intestaterbe eines Säsirten, für die Regel ohne Unterscheidung der linea recta und transversa und zwar in der Weise, daß prima facie generell der Beweis der Verwandtschaft mit dem Erblasser genügte, um die Erbenqualität darzuthun, einredeweise aber geltend gemacht werden konnte, daß ein Dritter näher verwandt und daher besser berechtigt sei [105. 106]).

Gegenstand der Klage ist Alles, quod deffunctus tempore mortis possidebat, in aliis autem secus [107]).

---

[104]) Grand Cout. p. 255 238 f. Olim 1318. XIX. Beauman. ch. XXXII. 15. Loisel I, p. 311. Cout. de Paris IV, 97. Bourb. nouv. 91. Auxerre 117. Calais 230 s.

[105]) Renaud S. 282 ff. Dieser, ebenso Schäffner S. 390, Zachariä, Franz. Civilrecht IV § 609 (und Puchelt's Note zu S. 72 f.) machen hieraus aber den Satz, daß die gesammte Verwandtschaft wirklich säsirt würde und konstruiren dem Gesammteigenthum gegenüber analog eine Kollektivsäsine. Zu solcher Annahme geben die Quellen aber keinen Grund. S. auch Anschütz: Note zu Zachariä l. c. und Gengler, Lehrb. des deutschen Privatrechts II S. 1325 ff., wo dieser übrigens Lassalle entschieden mißversteht. Lassalle (System der erworbenen Rechte II S. 534 ff.) polemisirt ausdrücklich gegen die Auffassung, welche das Gesammteigenthum zu einem juristischen Begriff erheben will.

[106]) Eine Beschränkung des Erbbesitzes auf die Descendenten gilt namentlich für das Königreich Jerusalem. S. Beugnot, préf. zu den Assises II S. 64 u. Note zu ch. 54.

[107]) Grand Cout. p. 287.

Klagegrund ist jeder Eingriff in den Nachlaß, ja sogar bloß drohende Störung desselben [108]). Zum Unterschiede vom englischen Recht und analog den römischen Interdikten geht die Klage nur gegen den Störer und dessen Erben, nicht gegen dritte Besitzer.

Klageziel ist Restitution der entzogenen Säsine, eventuell Schadenersatz [109]).

Die Einreden gegen die Klage sind eng bemessen; namentlich sind alle diejenigen ausgeschlossen, die sich auf angebliche Veräußerungen des Erblassers beziehen [110]). Im Gegentheil wird der freilich zu allgemeine Grundsatz aufgestellt: Nulle exception n'a lieu fors de dire: il m'avoit despouillé par avant [111]).

Die possessorische Natur der Erbbesitzklage erhellt aber am klarsten daraus, daß es sehr häufig sogar ausdrücklich in den Tenor der Sentenz, die darauf ergeht, aufgenommen wird, daß der Entscheid nur ein provisorischer sei: qui adjuge à aucun la saisine, l'en doit reserver le droit de la proprieté [112]).

Eine der wichtigsten der gegen die Complainte zugelassenen Einreden betrifft die Rechte des Lehnsherren

---

[108]) ib. III ch. 38.

[109]) Z. B. Früchte Olim 1301. XII.

[110]) don, achat etc. Livres de Jostice et de Plet p. 265 § 4 Se'.. aucunz estranges vengne avant qui dement la chose par reson d'achat ou de don..li heirs queneuz sera avant mis en sesine, et quant il sera en sesine, klage der Andre. S. auch Olim I p. 452 n. 16. 494 n. 13.

[111]) Grand Cout. p. 256. So ist natürlich der Grundsatz zu allgemein ausgesprochen. Vergleich, res judicata, Verjährung sind selbstverständlich ebenfalls Grund zu Einreden.

[112]) Grand Cout. p. 256. Olim III 32 (salvo jure nostro et quolibet alieno), 1302, IV. 1318, LXXVII. 1309, XVII. Beaumanoir ch. XXXII n. 30.

gegen den Erben. Man hat sie vielfach mißverstanden, hat wohl gesagt, der Erbe dürfe überhaupt nicht gegen den Herren klagen oder gar, die Klage stände ihm bei Lehen überhaupt erst zu, nachdem er den Treueid dem Senior geleistet habe[113]). Ziemlich zweifellos ist der Sinn der Einrede einfach der, daß der Lehnsherr das durch Mannfall erledigte Lehen vorläufig, bis ein Erbe sich meldet und seinen völlig liquiden Verpflichtungen nachzukommen sich erbietet, in seine Hand zu nehmen befugt ist, und daß er dies Recht seiner Natur gemäß auch eigenmächtig ausüben darf, und sich durch solche Ausübung keiner Besitzstörung des Erben schuldig macht. Das ist freilich ein Bruch des strengen Prinzips des possessorischen Schutzes, den man auch dadurch nicht wegkonstruiren kann, daß man sagt: auch der Lehnsherr besitzt das Lehen, weil ein solcher Besitz dem des Vasallen gerade so weichen müßte, als die possessio cum animo domini der cum animo utendi fruendi. Nur die völlige Liquidität der Gegenforderungen des Verklagten macht die Inkonsequenz verständlich. Demgemäß cessirt die Einrede auch, sobald ihr Fundament illiquid wird, namentlich also wenn die Qualität des Verklagten als Lehnsherr bestritten ist oder wenn derselbe Heimfallsrechte oder sonstige exceptionelle Befugnisse, die nicht aus seiner Stellung als Senior im Allgemeinen folgen, behauptet[114]).

Aus der bisherigen Darstellung wird der Sinn der

---

[113]) S. Heusler S. 355. Warnkönig S. 464 ff. Letzterer legt sich das Verhältniß durch sehr willkürliche historische Annahmen zurecht.

[114]) S. z. B. Cout. von Orléans nouv. 80. Nivernais IV, 52. Das Allgemeine Cout. p. 234. Olim III, 32. Desmares 285. Die Coust. not. de Paris 52 (S. Note 95) erklärt sich natürlich dadurch, daß sie an Erbgang nicht denkt; cf. Desmares 177.

saisine héréditaire, wie wir ihn auffaſſen, klar hervorgehen. Sie iſt eben nichts als das Recht des Erben, Eingriffe in den faktiſchen Beſtand des Nachlaſſes abzuwehren. Dem gegenüber wird nun aber häufig die saisine héréditaire als das Recht des Erben aufgefaßt, ſich eigenmächtig des Nachlaſſes zu bemächtigen, eine Konſtruktion, die ſich übrigens aus ſpäter zu erörternden Gründen bereits in romaniſtiſch gefärbten Quellen findet[115]). Es iſt aber ſchwer verſtändlich, wie derjenige, der saisine und dingliches Recht nicht identifizirt, zu einer ſolchen Auffaſſung kommen kann; der Erbe eines Säſirten hat ebenſowenig ein Recht, ſich der fraglichen Sache zu bemächtigen, als der Säſirte ſelbſt, als der praedo, der possessor pro possessore ſolch ein Recht hat. Zwar kann er, auf Grund ſeiner Säſine, es ſich verbitten, daß Jemand ihn an ſolcher Bemächtigung hindert, aber daraus, daß ich z. B. dem Tagelöhner eines beliebigen Dritten nicht das Faullenzen während der Arbeitszeit verbieten darf, folgt doch noch nicht, daß Letzterer ein Recht zum Faullenzen hat. Im einzelnen Falle nimmt zwar, ähnlich wie die possessio beim unde vi, die saisine héréditaire die Geſtalt eines Rechts auf die Gewahrſam an. Es iſt aber wohl zu erwägen, daß konſtruktiv auch hier noch zwiſchen beiden Begriffen ein Unterſchied bleibt.

---

[115]) Warnkönig S. 466. Bruns, Beſitz im Mittelalter S. 363 f. Schäffner S. 388. Rigaut p. 36. Beugnot Ass. de la Cour des Bourg. p. 227 Note. Zachariä S. 69, ſogar Heusler S. 346.

§ 5.

Anhang zu §§ 3. 4.

Das Sprüchwort: „der Todte erbt den Lebendigen“[116]) findet sich zuerst 1448 in einem Holstein'schen Göddingsweisthum: de dode ervet den levenden[117]). Spätere Erwähnungen desselben bei Clubius, Rer. quotid. l. I. n. 16, bei Schilter, Exercit. ad. Pand. XV. n. 13; es figurirt auch in der Sammlung von Eisenhart, Grundſ. d. deutſch. Rechts in Sprüchwörtern S. 300. Der eigenthümliche Gebrauch des Wortes „erben“ in demselben erklärt sich zwar nicht[118]) aus Sprüchw. Salom. XIX. V. 14 (Haus und Güter erben, d. h. vererben die Eltern), wohl aber aus der in Benecke's Wörterbuch (von Müller und Zarncke) s. h. v. (I. S. 440) mitgetheilten Stelle Parz. 51. 11. al da mîte Tankanîs Isenharten gerbet hât, ferner aus Kl. Kaiserrecht II. 103 (Kraut § 70. 11): gut do der son mede geerbit is, Stadrecht von Kolmar v. 1293 art. 34 (Gaupp's Samml. I. 10). sol ein jeglich frowe irem (sic) elichen man erben und der man sin eliche hus frowe, Grimm Weisthümer II. S. 15: die seind schuldig . . sich zu erben und zu enterben (ein Auflaſſungsgeſchäft inter vivos). Danach scheint der Sinn des Sprüchworts ziemlich zweifellos zu sein. Reyscher freilich fand diese Deutung nicht pikant genug und übersetzte: Der

---

[116]) oder „erbt und weret“. Graff u. Dietherr, Deutsche Rechtssprüchwörter V. 162, freilich ohne Beläge.

[117]) Dreyer, Abh. v. d. Nutzen des treffl. Gedichts Reinke de Voß in dessen „Nebenstunden“ S. 63.

[118]) Wie Schilter a. a. O. und Renaud S. 110 meinen; auch die andern Beispiele bei Renaud und Hillebrand, Rechtssprüchw. n. 149 [1] 196 [3] beweisen garnichts. Diese Bedeutung wäre übrigens in Grimm's Wörterb. s. h. v. nachzutragen.

Todte beerbt den Lebendigen, d. h. seine Schulden werden mit dessen Gelde bezahlt [119]). Das ist nun sprachlich nicht unmöglich [120]), ist aber doch viel zu gesucht, um aus so subjektivem Grunde der ganz unbedenklichen gewöhnlichen Uebersetzung gegenüber irgendwie Anhang zu finden.

Im Brüsseler Stadtrecht (bei Kraut § 159. 4) findet sich nun unser Sprüchwort in einer Gestalt, die sichtbar die Brücke zu einer verwandten französischen Parömie bildet: Der doode erft ende saiseert den lebenden synen naesten hoir ende erfgenaem. Es ist dies das berühmte le mort saisit le vif, mortuus saisit (saisinat, investit) vivum. Die lateinische Form findet sich schon 1259 in einem Urthel des Pariser Parlament's (Olim I. 453 n. 16) dann von 1316. n. 14, 1317 n. 81, 1318. 77, in einer Urkunde von 1322 (Kraut § 159. n. 3) u. s. s., die französische zuerst 1270 in den Etablissements de St. Louis II. 4 [121]) in einem Pariser Urtheil von 1317 (Olim. n. 48) u. s. f. Ende des 13. Jahrhunderts kann übrigens die Verbreitung des Sprüchworts nicht sehr groß gewesen sein; denn weder die Jerusalemer Rechtsbücher, die doch von der Säsine voll sind, noch Beaumanior oder Li Usages de le Cite d'Amiens von 1249 und 1294 oder die Livres de Jostice et de Plet enthalten dasselbe. Von da an wird das Sprüchwort aber namentlich in der Sprache der Coutümes ganz ungemein häufig; es ist eine Ausnahme, wenn z. B. die Coutüme von Berry dasselbe

[119]) Ztsch. f. Deutsch. Recht V. S. 189. 205.

[120]) Luther, Jesaias 54. V. 3: Dein Saame wird die Heiden erben. Grimm, Weisth. IV S. 280 § 9: wenn ein landsigling stirbt, so erbt jn ein herr.

[121]) Hier ist die Lesart freilich nicht sicher. Indeß ist die Parömie hier wol nicht Glossem. S. namentl. Lauriere's Ausg. in den Ordonnances des rois de France I.

nicht erwähnt. Sogar so eigenartige, rein provinzialrechtliche Rechtsaufzeichnungen, wie die Très-ancienne Coutume de Brétaigne 513 nehmen es auf, es bringt mit dem Erbbesitz selbst in das pays du droit écrit ein — Cout. v. Bordeaux 74 — und bis an die spanische Grenze vor. Als lo mort saisit au viu, habile a succedir — Cout. v. Sole 27 § 1 — ist es schon nicht mehr ein französisches Sprüchwort.

Ganz merkwürdig ist es nun, daß fast durchgängig dem le mort saisit le vif eine erläuternde oder ergänzende Phrase angehängt wird, die aber, obwohl sie nur Selbstverständliches oder Nebensächliches besagt, alsbald wieder zur Formel wird und gleichmäßig in einer ganzen Serie von Coutümes und Rechtsbüchern vorkommt[122]). So ist es ganz dem damaligen Gebrauch angemessen, wenn in Loisel's Institutes I. p. 35 n. 317 als der eigentliche authentische Wortlaut der Parömie der lange Satz aufgeführt wird: Le mort saisit le vif son plus prochain héritier habile à lui succéder.

Neben dem deutschen und dem französischen giebt es noch ein drittes lateinisches Sprüchwort von offenbarem Zusammenhang mit jenen, das sich durch eine ganz eigenthümliche Energie der Ausdrucksweise auszeichnet: mortuus aperit oculos viventis. Auch dieses soll den Gedanken versinnlichen, daß Jemand, ohne eigene Handlung, Recht und Besitz seines Erblassers erwirbt[123]).

In keiner Weise hergehörig ist dagegen das berühmte

[122]) Z. B. son plus proche (prochain) parent, parent et lignager, parent et héritier, son hoir vif (Desmares 234) vray heritier, habile a luy succeder, sans aucun (autre) ministère (appréhension) de fait, soit noble ou roturier. Jede Coutümes-Sammlung gibt hiefür unzählige Beläge.

[123]) Baldus, ad l. ult. Cod. Communia de manumiss.

engliſche Sprüchwort Saisina facit stipitem, ganz abgeſehen davon, daß es ſich bei dieſem um ein gänzlich verſchiedenes Bild handelt[124]). Philips hat freilich eine Ueberſetznng des Sprüchworts verſucht, die es dem le mort saisit le vif wenigſtens dem Inhalte nach nahe bringen würde. Er ſagt: die Gewere mache einen Sproß, einen Sohn d. h. indem die Gewere eines kinderloſen Mannes auf deſſen Seitenverwandte vererbt wird, ſollen dieſe dadurch an Sohnes Stelle treten und jenem in der Were von Haus und Hof folgen. Aber man darf ſagen, daß Alles gegen, Nichts für dieſe Ueberſetzung ſpricht, daß ſie doch vor Allem ſchon daran ſcheitert, daß stipes eben nicht Sproß, ſondern Stamm bedeutet und dieſe beiden Wörter an ſich zwar verwandte Gegenſtände, im Erbrecht aber ſchließlich doch die äußerſten Gegenſätze bezeichnen. Und nicht das engliſche Recht, nur ſein Hiſtoriker iſt es, der dieſe Gegenſätze verwechſelt. Das engliſche Recht will nur ſagen: Die Gewere macht zum Stamm, d. h. wer die Gewere hat, von dem gehen die Zweige der erbenden Verwandtſchaft aus, von dem ſind alle Erbanſprüche abzuleiten[125]). Der Satz bedeutet mithin nichts

---

[124]) Phillips, Ztſchr. f. Deutſches Recht VII: Ueber das Rechtsſprüchwort der Todte erbt den Lebendigen, ein Aufſatz übrigens, der wol den Höhepunkt des Myſticismus repräſentirt, den die germaniſtiſche Wiſſenſchaft hervorgebracht, hat dieſe Anſicht zuerſt aufgeſtellt. Hillebrand S. 138 und Renaud S. 108 ſind ihm gefolgt.

[125]) stipes = Stamm bei Bracton II, 30. 2. Siehe ſonſt Reeves II 316. Blackstone II p. 209 (= root or stock) p. 240. (ancestor or stipes) Stephen I. p. 407: every person, who obtained an actual seisin.. being considered as a new root, from which all future claimants were to spring, a principle which was briefly expressed by the adage: seisina etc. Starb A alſo, ſo beerbte ihn ſein nächſter Verwandter B, ſtarb dieſer aber, ohne Beſitz vom Nachlaß ergriffen zu haben, ſo folgte ihm nicht ſein (B's), ſondern A's nächſter Verwandter.

anderes als das deutſche: „lene ane gewere darvet der volge“, wobei nur zu erwägen, daß nach engliſchem Recht die geſammte Deſcendenz des erſten Erwerbers erbberechtigt war und zugleich alle Lehen als antiqua galten. Darum drückte man den Satz auch deutlicher dahin aus, daß der Letztſäſirte als the first purchaser oder being of the blood of the first purchaser angeſehen wurde. Der ganze Satz gehört erſt der Periode nach Bracton an, und iſt erſt neuerdings durch 3. 4. Will. IV. c. 106 s. 2 — in every case the descent shall be traced from the purchaser — aufgehoben [126]).

[126]) Reeves I 311. Stephen p. 402 ff. Littl. s. 3 mit Coke's Noten.

III. Der Erbbesitz und die romanistische Wissenschaft.

§ 6.

1. Allgemeines.

Gewere und Säsine, Erbengewere und saisine héréditaire sind veraltete Begriffe. Wenn sie sich heute noch als die Wurzeln lebensfähiger und lebender Rechtsinstitute von Bedeutung erweisen, so ist das nur dadurch möglich geworden, daß sie, in andern Boden verpflanzt, ihr Wesen dem Boden entsprechend umgestaltet haben. Diese Umgestaltung der alten germanischen Institute unter dem Einfluß des römischen Rechts wird im Folgenden darzustellen sein [1]).

Die Glosse enthält direkt noch nichts von dieser Rechtsbildung, da sie sich ja überhaupt nur ganz vereinzelt mit germanischen Rechtsinstituten befaßt. Dennoch liegen schon in ihr deutlich die Ansätze zu der ganzen folgenden Entwicklung.

---

[1]) Literatur: Am meisten bei Tiraquillus. Tract. Le mort saisit le vif. (Francof. 1574). S. auch Duncker in der Ztschr. Civilr. u. Proc. XII S. 105 ff. Delbrück, dingliche Klage. Meischeider, Besitz. Heusler, Gewere. Mühlenbruch in Glück's Pandektenerläuterung Bd. 43 S. 86 ff.

Einmal ſteht die Gloſſe der Anſicht nicht fern, wonach auch das reine römiſche Recht den Beſitz vererben läßt. Den Anlaß dazu gab der Widerſpruch zwiſchen l. 30 D. IV. 6. und l. 23. pr. D. XXXXI 2. Zwar findet ſich ſchon die Interpretation, welche heut allgemein angenommen wird, nach der l. 30 cit. nur von der accessio possessionis bei der Erſitzung ſpricht, und Accurſius ſelbſt ſcheint in der Gloſſe zu beiden Stellen dies für das Richtigſte zu halten. Andererſeits hilft man ſich aber auch damit, l. 23 pr. auf den bloßen Naturalbeſitz (Detention) zu beziehen und ſomit den Erbbeſitz für das römiſche Recht in vollem Umfang anzunehmen. Eine Mittelmeinung endlich, auf l. 11 D. XXVIII. 2 geſtützt, ſchränkt die Beſitzvererbung auf den suus ein und läßt namentlich für Teſtamentserben („instituit") den Satz der l. 23 pr. gelten [2]).

Wichtiger aber noch iſt ein Zweites: die Wendung, die die Gloſſatoren der römiſchen Beſitztheorie überhaupt gaben, die Scheidung namentlich der civilis und naturalis possessio.

Es lag in dieſer Scheidung einfach der Anfang zu einer Befreiung von der römiſchen Beſitztheorie; es lag darin das deutliche Bewußtſein, daß der Begriff der thatſächlichen Herrſchaft über eine Sache nun einmal abſolut unvermögend iſt, das poſitive römiſche Beſitzrecht zu erklären. Je weiter man in der Quellenkenntniß vordrang, deſto häufiger ward man der Fälle gewahr, denen gegenüber dieſer Begriff ohnmächtig war. Nun war man in der Dialektik noch nicht ſo erfahren, daß man dieſe Ohnmacht

[2]) S. die Gloſſen zu dieſen Stellen. Vielleicht laſſen ſich die heute reprobirten Anſichten direkt auf germaniſtiſche Einflüſſe zurückführen, die ja jetzt auch Bruns (Klagen) in weitem Umfang zugeſteht. (S. 223. Anders noch Beſitz im MA. 251).

kunſtmäßig zu verdecken ſuchte und zu verdecken verſtand. Man erkannte ſie alſo an, und ein redlicher Eifer, dem Geſetz gerecht zu werden, ſchuf für dieſe Fälle einen eigenen Beſitzbegriff. Buchſtabengläubig, wie man war, ſuchte man freilich an dem überlieferten Begriffe feſtzuhalten, wo es anging, und ſelbſt für den neuen fand man einen Anhalt in der Terminologie der Quellen.

Man nahm alſo einfach an, daß in vielen Fällen Beſitzſchutz ohne Beſitz ſtattfände, wo dann ſtatt des natürlichen ein juriſtiſcher Beſitz fingirt wurde. Sobald man ſich freilich nähere Rechenſchaft über das Weſen des letzteren geben, ſobald man der civilis possessio ſtatt der bloß negativen Eigenſchaft des non naturalis einen poſitiven Charakter aufdrücken wollte, ging man wieder in der Irre. Zudem gerieth man auf einen Quellenausdruck, der einem ähnlichen Zugeſtändniß die denkbar ſchlechteſte Form gab, auf das solo animo retinere der Pandektenjuriſten. Viel Gewinn konnte alſo die ganze Lehre nicht bringen. Aber eines war erreicht: man konnte nunmehr neueren Erſcheinungen des Rechtslebens gegenüber alle voreiligen Schlüſſe aus der vermeintlichen Natur des Beſitzes abweiſen, man hatte die Formel gefunden, mit der man ſolche Neuerungen in die Kategorien des römiſchen, d. h. in den Augen der damaligen Juriſten des Naturrechts einordnen konnte. Und was will ſolche Formel für die praktiſche Logik des Mittelalters bedeuten!

Für die zweite Periode, die der Poſtgloſſatoren, gilt zunächſt das Gleiche. Nur daß, wie einerſeits der Erbbeſitz für das römiſche Recht ſelbſt allgemein aufgegeben wird [3]), andererſeits jene Theorie von der civilis pos-

[3]) Bartol. ad l. 23 pr. h. t. (41. 2) (ſagt von der Einſchränkung dieſer Stelle auf den suus: truffa est), Bald. ad l. Dicto Divi C. VI.

sessio ihre weitere Ausbildung erhält, die in der Aufstellung der civilissima possessio gipfelt. Man gibt jetzt zu, daß der Besitzschutz von der thatsächlichen Herrschaft über die Sache ganz und gar abzusehen vermag, daß das ganze thatsächliche Verhältniß ganz verflüchtigt, der Rechtsbegriff allein bedeutend werden könne. Freilich ist auch jetzt noch keine Rede davon, den Besitzbegriff auf Grund dieser Zugeständnisse in seinem Wesen umzugestalten. Nur ganz äußerlich wird der Konzession der Stempel juristischer Konstruktion aufgedrückt, indem die Verhältnisse, welche sie veranlaßten, zu einem besondern Institut, zu einer besonderen Art des Besitzes, eben zu der civilissima possessio zusammen gefaßt werden.

Aber ein Weiteres kommt doch jetzt hinzu. Die Postglossatoren, die sonst ihren Vorgängern in allen Dingen so unendlich nachstehen, den einen Fortschritt machen sie doch, daß sie über ihrem Weltrechte die Landesrechte nicht ganz und gar vergessen. Man kann sogar sagen, daß die Postglossatoren in diesem Zweige der Jurisprudenz einen Grad der Entwicklung repräsentiren, der sicher nicht hoch ist, aber doch bis ins vorige Jahrhundert kaum eine wesentliche Steigerung erfährt. Die Methode der Franzosen der Reformationszeit ist in dieser Hinsicht sogar ein Rückschritt. Denn es ist doch eine erstaunliche Ein-

---

30, ad l. 30 D. IV. 6, l. 1. i. f. de appellat. Postius, Tract. mand. obs. 55. 26. Tiraquill führt indeß — freilich ohne Belagstellen — auch für seine Zeit die entgegengesetzte Ansicht als verbreitet an. S. wirklich Alciatus, Opp. I p. 1254 ad l. 23 pr. cit., der aber die Bedeutung des Erbbesitzes auf ein Minimum reducirt. Ebenso Hotomann nach Giphanus ad l. 23 pr. cit. — Die Stellung des canonischen Rechts zu der Frage bezeichnet Innocenz ad l. 8 de probat (Bruns, Besitz im Mittelalter S. 233).

seitigkeit, wenn Cujas die saisine héréditaire ohne Weiteres für contra jus nostrum und als ein Mißverständniß der l. cum miles (l. 30 D. IV 6) erklärt [4]), wenn Pithöus verächtlich von der vox de via collecta: mortuus saisit vivum [5]) spricht u. s. f. Eben darum empfiehlt es sich auch, die ganze folgende Periode der romanistischen Wissenschaft bis auf unsre Zeit von der chronologischen Methode unabhängig im Zusammenhang darzustellen.

Die Vorfrage ist natürlich stets, ob das Gewohnheitsrecht, welches den Erbbesitz aufstelle, überhaupt gelte, an valeat statutum.

Verschwindende Ausnahmen abgerechnet, bejaht man diese Vorfrage allgemein, und Tiraquillus sagt: ideo teneas intrepide hoc statutum valere [6]).

Schon bei der zweiten Frage, wie nämlich der Erbbesitz zu konstruiren, gehen die Ansichten sehr aus einander, da man sich mit der einfachen Erklärung, das Gesetz könne machen, was es wolle, doch schon damals kaum begnügte [7].) Nur darin war man einig, daß man den Erbbesitz unter die Kategorie: possessio civilis oder civilissima einzureihen hatte. Gegen letzteren Ausdruck wendet freilich ein Guido ein, daß er unrichtig sei, weil der Erbbesitz eben civilis sei; sehr gelehrt führt aber dagegen Tiraquill aus, daß der Superlativ vielfach im Positiv stecke und possessio civilissima gleichzeitig auch civilis sei [8]).

---

[4]) Cuiacius Comment. in tit. II libr. 41 D. ad l. 23 (col. 287) und ad l. 30 ad § quod per colon. (col. 294).

[5]) Rigaut in der Rév. etrang. et franc. IX p. 43.

[6]) Tiraqu. I, 6. 15. Vermeintlich widersprechende Stellen, wie Bald. ad l. 30. IV 6 sprechen eben nur vom jus civile.

[7]) Sie findet sich indeß bei Bald. Rubr. n. 14 X. de cons.

[8]) Tiraqu. I, 7. 6. Uebrigens ist man sehr erfinderisch in neuen Namen für das Institut. Baldus gibt eine dativa (Gegensatz nativa,

Zunächst suchte man das juristische Gewissen zu salviren und römische Analogieen anzuziehen, die ähnlich wie der Erbbesitz von der Apprehension beim Besitzerwerbe abstrahirten. Wenn man sich dabei auf l. 16 de prec. berief (man erwirbt durch Adoption eines Besitzers dessen Besitz von Rechtswegen), so war das ein ganz einleuchtendes Argument; auch des Baldus Aeußerung[9]): statutum habet vim precarii ist nicht ganz ohne Bedeutung. Auch l. 1 § 2 pro socio, die gar nicht hergehörige l. Si raptores C. de episc. und viele andere Stellen werden in gleichem Sinne zitirt[10]).

Von diesen Vereinigungsversuchen mit dem Pandektenrecht abgesehen, greift man namentlich zu dem Universalmittel für alle konstruktiven Bedenken, zur Fiktion. Als ob es nicht die einfache Aufhebung des Satzes: heres non acquirit possessionen nisi apprehendit hereditatem wäre, wenn Bartolus ad. l. 30 § 5 de poss. (41. 2) zusetzt: vere vel ficte. Noch plumper freilich ist das Verfahren des Franziskus von Arezzo, der diese Konstruktion sogar zur Bedingung der Giltigkeit des Gesetzes macht und ein Statut für ungiltig erklärt, das sine actu vero vel ficto interveniente den Besitz für vererblich erklärt[11]), eine Meinung, die sich schon bei Baldus (l. 1 Comm. de legat.) angedeutet findet. Nicht viel besser ist des Socinus Versuch, den Erbbesitz für eine possessio vera auszugeben,

---

zwischen welchen noch eine media, l. cum venisset X de rest. spol.) und eine artificialis, legalis (Rubr. X de causa poss. et propr.) Marius Giurba (observ. § 4 n. 1) eine continuativa u. s. f.

[9]) Bald. l. de quibus D. de legib.

[10]) Es ist charakteristisch, diese Deutung des l. 1 § 2 pro sorio mit der Puchta's (Pandekten § 148 b) zu vergleichen.

[11]) Tiraqu. I, 6. Sehr richtig dagegen Covarruvias, zitirt bei Heusler S. 331.

licet ficte transferatur[12]). Es ist darum auch ziemlich gleichgiltig, weil es nichts als inhaltslose Redensart ist, wenn man den Erbbesitz bald als possessio impropria, quasi possessio, bald als vera et plena, vera et non ficta bezeichnet oder gar, wenn Tiraquillus den Satz aufstellt: Possessio transit ut quoad habitum, nicht quoad actualem effectum oder eam in sui substantia non continuari . ., sed qualitatem habitualem[13]).

Etwas festeren Boden hat die romanistische Wissenschaft bei dem weiteren Versuch, über die abstrakte Konstruktion des Begriffs der possessio civilissima hinaus bestimmtere Normen für denselben als eine Art bedingt gemeines Recht aufzustellen.

Was die Person anging, für die das neue Institut gelten sollte, so schloß man Legatare, substituirte Erben und Universalfideikommissare gewöhnlich aus[14]), behandelte aber den Feudalerben nicht als bloßen Legatar[15]). Ob der Testamentserbe oder bloß der ab intestato den Erbbesitz habe, war streitig[16]). Besondere Fähigkeit des Erben, in eigener Person Besitz zu erwerben, verlangte man nicht, sondern schloß auch den infans, den mente captus, ja den Embryo nicht aus, cum pro ejus parte nihil veniat exercendum[17]).

Als Objekt läßt man auch Mobilien zu, schließt aber

---

[12]) Tir. V, 1. 4.

[13]) ib. V, 1. 1 s. V, 5. Menochius de retin. poss. remed. III n. 59. Paz bei Heusler S. 332. Cludius rer. quot. n. 172.

[14]) Tiraqu. V, 1. S. aber Delbrück, dingl. Klage S. 296.

[15]) Giurba obs. 54. n. 13. Alciatus ad l. 23 (41. 2) n. 10; contra Tir. I, 4 § 7.

[16]) Für den Testamentserben Ranchini, tract. de successionib. ab intest. c. XVIII § 6. Giurba 54 n. 9; gegen ihn Tir. II 7 § 1.

[17]) Postius l. c. n. 58.

Sachen aus, an denen überhaupt Beſitz nicht erworben werden kann, ja auch ſolche, die dem Rechte nach unvererblich wären[18]).

Die Hauptwirkung des Erbbeſitzes iſt, daß Erbe die poſſeſſoriſchen Klagen wider den hat, der nach dem Erbfall ſich eines Nachlaßſtückes, das jener noch nicht apprehendirt, bemächtigt oder ſonſtige Eingriffe in den Nachlaß ſich erlaubt hat. Allgemein wird ihm zunächſt das uti possidetis zugeſchrieben[19]). Beim unde vi hat Tiraquill Bedenken wegen der vis; indeß iſt ja bekannt, wie ſehr man damals dies Erforderniß abſchwächte, und er ſelbſt erkennt an, daß die Praxis wider ihn ſei[20]). Natürlich gibt man ihm auch die neugebildeten Klagen, das Recht auf das officium judicis und die actio spolii[21]). Wegen der exceptio spolii war lebhafter Streit. Menochius will ſie dem Erben geben, cum satis legis dispositione possedisse dicatur, wogegen Alexander die entgegengeſetzte Anſicht receptior sententia nennt[22]). Beſtritten iſt auch, ob Erbe die interdicta possessionis adipiscendae, die ja damals noch allgemein für poſſeſſoriſch galten, habe, eine übrigens wirklich ſubtile Frage. Wenig ſubtil freilich iſt Tiraquill's Löſung, die Menochius ausſchreibt[23]), daß das Verhältniß ähnlich wie beim Legatar ſei, der auch die dingliche und perſönliche Klage neben einander habe; wie Legatar vor der Tradition eigentlich nur dominium fictum, ſo

---

[18]) Retes (Meermanni thes. VII) II c. 2 § 7. Tir. III. 2. 4. Mobilien ſchließt aus Alciat. ad l. 23. cit. n. 12.

[19]) Menoch. de ret. poss. rem. III n. 59 s.

[20]) Tir. VI, 4. Gegen ihn auch Men. ib.

[21]) Men. rem. IX, 16; tract. de recup. poss. rem. 1 n. 392—408.

[22]) ib. XV n. 390.

[23]) Tir. VI. 1. 2. Menoch. de adip. rem. IV. 323. 337—47. 365 ss.

habe Erbe possessio ficta und könne die possessio actualis mit dem edictum e lege ultima einklagen.

Vereinzelt will man auch die Besitzklagen des Erben modifiziren. Namentlich will man sie erst nach der Investitur gegen den Feudalherren zulassen oder gar die exceptio dominii gestatten, offenbar ohne jeden Grund[24]).

Charakteristisch ist endlich, daß man vielfach das ganze Institut als ein beneficium heredis betrachtet, so daß es einmal Erblasser selbst nicht ausschließen kann, ferner ein Dritter sich gegen den Erben nicht darauf berufen darf[25]).

Diesem bedingt gemeinen Rechte, das ziemlich gleichmäßig von den Romanisten aller Länder gelehrt wird, tritt nun das partikuläre Recht der einzelnen Statute zur Seite. Dasselbe ist an dieser Stelle, nicht etwa im vorigen Abschnitt zu behandeln, da die germanischen Rechtsgedanken hier schon ganz in römischer Form erscheinen.

Zuvörderst Italien.

Hier gilt durchweg der Erbbesitz, und auch die Praxis der Rota Romana erkennt ihn an. Ein Beispiel energischen Ausdruckes ist das Statut von Modena, besonders interessant, weil Baldus der Redaktion desselben nicht fern gestanden hat:

Filii et heredes intelligantur ipso jure possidere bona defuncti, que defunctus tenebat tempore mortis ac si statim eo mortuo corporalem heres apprehendisset possessionem bonorum[26]).

Aber auch Ferrara, Brixen[27]), Neapel[28]), Savoyen[29]),

[24]) Dagegen auch Tir. VI. 5.
[25]) Tir. VII. 1, 1. Giurba 54 n. 10.
[26]) Heusler S. 324. Delbrück S. 295.
[27]) Menoch. de ret. poss. rem. III. 59.
[28]) Giurba 54 n. 13.
[29]) Codex Fabrianus. S. Gruchot, Preuß. Erbrecht S. 50.

Mailand, Padua, Verona, Florenz [30]), Trident [31]), ja selbst die Metropole des Romanismus, Bologna, sind mit ihren Statuten Beispiele dafür. Von einzelnen Bestimmungen wäre hervorzuheben, daß auch die Testamentserben den Besitz ipso jure erwerben, und daß bei Verschiedenheit der Person des Feudal- und Allodialerben der Besitz je nach der rechtlichen Qualität der Nachlaßstücke entweder auf diesen oder auf jenen übergeht [32]).

Für Spanien knüpft sich das Hauptinteresse an ein Gesetz, das 1505 auf dem berühmten Reichstage von Toro in Leon gegeben wurde und allgemein kurz la ley de Toro — lex Tauri — genannt wird, und zwar speziell an c. 45 desselben: es verordnet dies den Besitzerwerb ipso jure für Majoratserben [33]). Da sonst in Spanien das reine römische Besitzrecht galt, so war man sich hier deutlicher als anderwärts des germanistischen Charakters solches Gesetzes bewußt und schränkte den Namen Gewere (tenuta) lediglich auf den Erbbesitz ein, oder vielmehr man nannte die possessorische Klage des Erben so [34]). Auch findet man häufig Ausdrücke wie den, daß die lex Tauri valde recedit a vera substantia possessionis, a natura rei [35]). Aber an der Giltigkeit des Gesetzes zweifelt Niemand.

---

[30]) Tir. I. 1.

[31]) Berger, oeconomia juris II, 6 th. 4.

[32]) Ein Gesetz von Carl V u. Philipp II für Neapel und Sizilien. Giurba 54 n. 13.

[33]) Francisci Ramos del Manzano, recitationes novantiquae ad tit. 41. 2 D.pars II c. 2 § 10. Josephi Fernandi de Retes, praelectiones academicae ad tit. eund. II c. 2 § 6 ss. Fernandi Vasquii, Controv. libri III, II 57. — Heusler § 26.

[34]) Ramos. l. c. App. c. II § 108.

[35]) Retes l. c. § 9.

Eigenthümlich ist nun dabei zunächst, daß man dem Erben eine eigne Klage, wie schon erwähnt tenuta genannt, gab, die sowohl pro consequenda als auch tuenda possessione diente, von den andern Besitzklagen aber sonst nicht verschieden war[36]).

Sodann überrascht der spanische Gebrauch des Ausdrucks possessio naturalis, der zunächst durch den Wortlaut des Gesetzes veranlaßt ist. Man formulirt nämlich das Prinzip des Erbbesitzes allgemein dahin, daß civilis naturalisque possessio ipso jure übergehe[37]). Aber daß daneben die civilissima possessio Italiens ganz ruhig adoptirt wird[38]), zeigt, daß es sich hier um keine wesentlich verschiedene Auffassung des germanischen Rechtsinstituts handeln kann. Den Schlüssel giebt Ramos (I. § 19), der als das unterscheidende Moment des Civil- und Naturalbesitzes die fides betrachtet und danach unter Letzterem einfach den nicht zur Usucapion führenden Besitz versteht. In diesem Sinn versteht sich die Vererbung der possessio naturalis natürlich von selbst. Verwirrend ist nur, daß daneben der gewöhnliche Sprachgebrauch ebenfalls in Uebung ist, und ein spanischer Jurist[39]) sogar ausdrücklich hervorhebt, daß der Naturalbesitz nicht vererbt werden könne.

Sehr wichtig ist die französische Rechtsentwicklung.

In Frankreich waren die Einwirkungen des römischen Rechts, das ja im pays du droit écrit positive Geltung

---

[36]) Ramos l. c.

[37]) Ramos II c. 2 § 10. Covaruvias II, 3 c. 5 de maj. (Heusler S. 230), Paz I 24 (Heusler S. 232). S. auch Vasquii Controv. II, 57 n. 25.

[38]) Ramos II c. 2 § 10.

[39]) Vasquius. II, 57 n. 25.

wenn auch nur ſubſidiär beſaß, auch in der patria consuetudinaria von jeher ſehr bedeutend geweſen. Vielfach freilich waren ſie ganz oberflächlicher Natur, ein bloßes häufig recht ungeſchicktes Spielen mit römiſchen Kunſtausdrücken und mit Zitaten aus Codex und Digeſten[40]). Doch greifen ſie gerade in das Inſtitut der saisine héréditaire auch tiefer ein. Sowohl das römiſche Beſitzrecht als das römiſche Erbrecht haben auf dieſes eingewirkt.

Das römiſche Beſitzrecht. Dies hat erſtlich das Klagenſyſtem völlig verſchoben. Die vitia possessionis beim uti possidetis werden aufgenommen[41]), und die alte complainte en cas de saisine et de nouvelleté wird geradezu als uti possidetis bezeichnet[42]). Ja die actio spolii und das Summariiſſimum wird neben einer complainte en cas de simple saisine, die wol nicht römiſch beeinflußt iſt, in das Syſtem der Beſitzklagen ziemlich unverändert aufgenommen. Ein näheres Eingehen auf dieſe intereſſanten im Einzelnen noch vielfach dunkeln Aenderungen würde natürlich zu weit führen[43]), und es mag nur bemerkt werden, daß die gewöhnliche Beſitzklage nach wie vor auf den jährigen Beſitz beſchränkt bleibt und daß petitoriſche Einreden gegen ſie unzuläſſig ſind[44]).

Aber auch die allgemeine Beſitztheorie der Römer

---

[40]) Z. B. Cout. p. 239 u. Heusler S. 347.

[41]) Loisel II p. 138: Qui a joui par an et jour d'aucune chose .. non vi non clam non precario en a acquis la saisine et possession. Grand Cout. p. 232 s.

[42]) Joh. Faber bei Renaud S. 113. Grand Cout. III ch. 31.

[43]) S. darüber Bruns, Beſitz im Mittelalter S. 358 ff. Warnkönig und Stein II S. 314 ff. Heusler S. 390 ff. Mittermaier, der gemeine deutſche bürgerliche Prozeß. IV S. 289 ff.

[44]) Z. B. Cout. d'Hainault nouv. 42. 6, 14.

macht sich geltend. Eine berühmte Stelle des Grand Coutumier (p. 234) folgt derselben soweit, daß sie geradezu sagt: es sei für den Erben nécessaire ceste appréhension de fait avant qu'il se puisse dire avoir entière saisine[45]). Das sieht wie ein Leugnen des Erbbesitzes aus, während doch gerade der Grand Coutumier an andern Stellen diesen ganz klar und zweifelsfrei statuirt. Dieser Widerspruch soll nun dadurch gehoben werden, daß anderswo der Erbbesitz als saisina juris tantummodo et non facti bezeichnet wird. Indeß wird weder dieser Begriff praktisch verwerthet, noch erfährt man, was jene entière saisine vor dieser saisina juris tantummodo voraus hat. Man sieht also, daß irgend eine Aenderung des materiellen Rechtes hier nicht vorliegt, daß die saisine de droit nichts als die possessio civilissima, als eine romanistische Konstruktion eines germanischen Rechtsinstituts ist.

Ebenso wirkt aber auch das Erbrecht der Römer ein. Im altfranzösischen Rechte ist Erbe nur der Blutsverwandte des Verstorbenen, der heres ex testamento ist bloß légataire. Als solcher hat er nur ein Forderungsrecht gegen jenen, welches er nicht eigenmächtig realisiren darf, ohne sich einer Besitzstörungsklage desselben auszusetzen[46]). War ein Intestaterbe zugleich instituirt, so schadete das natürlich nichts[47]). Bald machte sich nun aber das Bedürfniß geltend, die Legatare den Erben gegen-

[45]) Gr. Cout. p. 234. Hauptsächlich auf Stellen dieser Art gründete Klimrath seine Ansicht, daß Albrecht's Geweretheorie auch für das französische Recht gälte. Warnkönig S. 322 sieht in der saisine de droit geradezu das dingliche Recht. So könnte man auch die possessio civilis der Glossatoren für das dingliche Recht ausgeben.

[46]) Tir. II 7. Ein Prozeß dieser Art war der Grund, der Karl von Bourbon, Connetable von Frankreich, von dort vertrieb.

[47]) Cout. de Meleun anc. 160.

über kräftiger zu ſchützen, und das Mittel zur Befriedigung dieſes Bedürfniſſes war, daß man die Teſtamentsexekutoren in gleicher Weiſe ipso jure für ſäſirt erklärte[48]). Dieſer Satz wird bald gemeines Recht in Frankreich und findet ſich als ſtehende Ergänzung des le mort saisit le vif faſt in allen Coutumes[49]). Dieſe Säſine geht aber nur ſoweit, als nach lokaler Gewohnheit die Freiheit des Teſtirens reicht[50]), auch erliſcht ſie nach Ablauf von Jahr und Tag[51]).

Aber auch direkt die Legatare wurden hie und da günſtiger geſtellt; man ſieht wol von einer förmlichen Apprehenſion ihrer Erbſtücke durch dieſelben ab und erklärt une delivrance au moins verballe durch Erbe oder Exekutor für genügend, um ſie in die Säſine dieſer Stücke zu ſetzen[52]). Partikulär findet ſich ſchließlich ſogar völlige Gleichſtellung des Teſtamentserben mit dem ab intestato[53]).

§ 7.

2. Die Rechtsentwicklung in Deutſchland.

In Deutſchland drang das römiſche Erbrecht ſchon früh ein, und bereits das kleine Kaiſerrecht hat den Satz:

---

[48]) Eine Ausnahme in den Cout. de Troyes 98. Meaux 40. Chaulmont 89.

[49]) Schon Beaumanoir I ch. XII n. 14 gibt als Prinzip As dis executeurs doit estre baillié le saizine de ce qui est contenu el testament avant toz plais; cf. n. 2 ib.

[50]) Gewöhnlich auf die Mobilien, z. B. Blois 177, auf meubles et conquest, eventuell auf ein Viertel des Nachlaſſes Bourb. 295 u. ſ. f.

[51]) Calais 90. Gr. Cout. p. 369.

[52]) Cout. de Rheims (15. Jhd.) I. n. 3 ch. 12, 9. Mittlere XII. 9 Zuſatz. Bourbon. nouv. 297.

[53]) Berry 18 § 7, Liège 19, Duché de Bourg. VII § 4, Comté § 43, Bordeaux 74, Bearn (Rubrica de testaments) § 7.

„Der Todte erbt den Lebendigen" fallen gelassen[54]). Es ist aber merkwürdig und lange noch nicht genug beachtet, wie dennoch gerade der Erbbesitz sich bis in die neueste Zeit in sehr beträchtlichem Maße erhielt.

Die Landesrechte und statutarischen Bestimmungen sind freilich nur zum kleinen Theil in dieser Hinsicht germanistisch. Die bekanntesten Beispiele dieser Art sind die Magdeburger Polizeiordnung und die Kurkölnische Rechtsordnung. Auch Ostfriesland, ein Theil der Niederlande und die Schweiz gehören hierher[55]). Ebenso selten findet sich aber eine ausdrückliche statutarische Einführung des römischen Prinzips. Die meisten Gesetze schweigen, und hier ist dann entscheidende Instanz Praxis und Wissenschaft.

Zwar ein flüchtiger Blick in juristische Werke der ersten Säcula nach der Reception möchte weitere Nachforschungen als überflüssig erscheinen lassen. Erklärt doch Giphanus den Erbbesitz auch statutarisch geradezu für unmöglich! Ein Brunnemann erwähnt zwar, daß dem römischen Prinzip derogari potest per statutum, setzt aber, der deutsche Jurist, als einziges Beispiel hinzu, ut in Gallia. Ganz ebenso der Cameralist Gaill, der Holländer Simon von Leeuwen, die Tübinger Fakultät in einer Spruchsache vom Jahre 1705 u. s. f.[56]).

Läßt man indeß solch einem ersten flüchtigen Blick eine sorgfältigere Untersuchung folgen, so erhält man ein überraschendes Resultat.

---

[54]) Schulte, Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte § 182 Note 4.

[55]) Beseler § 638 Note 3. Berger, oecon. jur. II. 6 th. 4. Bluntschli, Züricher Privatrechtl. Gesetzb. zu § 1986. Voet ad lib. 29, 2 § 18.

[56]) Giphanus, lect. Altorph, ad l. 30 (41, 2) n. 19 ss. Brunnemann in Cod. VII, 32 l. 4 n. 16, 8, in Dig. l. 23 (41, 2). Gaill. observ. II 129 f. Leeuwen, Censura forensis I, 3 c. 19 n. 3 ss. Cons. Tub. I 125 n. 71.

Da ist es erstlich schon von Bedeutung, daß das fragliche Statut ganz allgemein gekannt, und, den einen Giphanus ausgenommen, auch überall für giltig erklärt wird. Das allein genügt schon, um klarzustellen, daß die Statuirung des Erbbesitzes z. B. in der Magdeburger Polizeiordnung nicht auf einem bloßen Versehen im Ausdruck beruhen kann[55]).

Sehr merkwürdig ist nun aber eine Wendung des schon genannten Gaill: quoad actualem effectum habe der Sohn den Besitz nicht ohne Apprehension; dagegen quoad habitum ficte et imaginarie pro possessore habetur[56]). Man ersieht daraus, daß man damals bei der Besitzvererbung eine Unterscheidung machte, daß mithin die Statuirung der Unvererblichkeit des Besitzes noch keine völlige Ablehnung des Statuts enthielt.

Diese Unterscheidung ist keineswegs eine Eigenthümlichkeit Gaill's. Davidus Mevius sagt in seinem Commentar ad jus Lubecense II 2, art. 27, nachdem er erwähnt, wie partikulär der Besitz sammt den Remedia durch den Erben fortgesetzt werden könne: sed in inferiori Germania ejusmodi statutum ignoratur. In decisio III, 338 spricht er aber von einem jus occupandi, adipiscendi, recuperandi, das neben dem unvererblichen Besitz als ein vererbliches Recht laufe, ex quo immissionem a judice statim impetrare debet, in Note 2 a. a. O. identifizirt er diese Scheidung mit der einer possessio quatenus facti und prout juris, in den Consilia vollends (43 n. 142 ss.)

---

[55]) Laband, Krit. V.-J.-Schrift XV (Heusler's Recension); Delbrück S. 69.

[56]) Gaill. II obs. 152 § 12 (Pfeiffer, Prakt. Ausführungen I S. 204) S. übrigens oben Note 13, wonach der Sinn jener Scheidung nicht zweifelhaft sein kann.

ſagt er geradezu, daß zwar nicht die nuda detentio oder possessio naturalis, sed potius civilis possessio, quae in alium transferri potest, auf die Wittwe des Beſitzers übergehe; im Zweifel verſtehe man aber unter Beſitz ſchlechthin den Civilbeſitz [59]).

Aehnlich, nur noch klarer iſt die Ausführung bei Carpzov [60]). An einem Rechtsfall entwickelt dieſer den Satz, daß Erbe im Moment des Erbfalles „in jure possessionis fuerit constitutus, licet non in detentione reali, daß alſo ein Eingriff in den Nachlaß dies jus, dieſe quasi possessio ſtöre, und dawider ein mandatum manutenentiae d. h. eine poſſeſſoriſche Klage gegeben werde. Wie Carpzov ſich dies jus denkt, folgt aus n. 28 a. a. O., nach der der Erbe vere possidet und nach dem Endreſultat der ganzen Ausführung: ex generali locorum fere omnium consuetudine non saltem dominium, sed et possessio rerum hereditariarum ipso jure transeat in heredem.

Schilter erklärt ſogar ausdrücklich [61]), das jus possessionis des Carpzov (mithin doch auch des Mevius und Anderer) ſei gleich possessio civilis, d. h. einer insistentia potestativa, und gibt ſodann eine theoretiſche Rechtfertigung des Erbbeſitzes, namentlich mit Unterſcheidung einer originaria und derivativa acquisitio. Er ſelbſt ſchließt ſich Carpzov's Anſicht an, motivirt ſie hiſtoriſch mit Belegen aus den Deutſchen Rechtsbüchern und normirt ſie näher. Der Erbbeſitz gilt danach im Lehnrecht, geht dagegen

---

[59]) S. auch noch Mev. dec. III. 176, wonach gleichfalls eine continuatio possessionis von Rechts wegen auf die Wittwe angenommen wird.

[60]) Carpzov. dec. Saxon, tres partes dec. 225 p. 610. S. auch (bei Gruchot Erbrecht S. 50) Codex fabrianus VII, 7 def. 5.

[61]) Schilteri Exercit. ad Pand. XV § 11 ss. 47. § 57—59.

nicht auf Teſtamentserben, er tritt mit der aditio ein, wird aber auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen, er hat die Beſitzwirkungen generaliter, non tantum quoad usucapionem u. ſ. ſ.

Andreas Cludius[62]) behandelt das Sprüchwort: „de Doode erfft den levenden“ ausführlich als partikuläres deutſches Recht, erklärt, daß Erbe danach possessio vera et plena habe, daß ihm wegen Turbation des Nachlaſſes das uti possidetis und unde vi, dagegen nicht die interdicta adipiscendae possessionis zuſtänden. Das gälte auch für Lehn- und Teſtamentserben.

Der hiſtoriſchen Methode Schilter's und Cludius' ſchließt ſich Heineccius an[63]), freilich ohne rechten Bezug auf die damalige Geltung des alten Rechts. Anhänger des Erbbeſitzes ſind ferner Friber, Lynker[64]) und Auguſtin von Leyſer[65]). Zwar polemiſirt dieſer gegen Carpzov's Formulirung: der Beſitz ginge nicht über, ſondern nur das jus possessionis. Indem er aber ausdrücklich das von Carpzov angezogene Urtheil für richtig erklärt, zeigt er, daß auch ihm das jus possessionis nur ein Recht auf poſſeſſoriſchen Schutz des Nachlaßbeſtandes iſt, d. h. daß auch er das ſtatuirt, was man gemeiniglich possessio civilissima nannte, und was wir unter Erbbeſitz verſtehen.

Nun iſt allerdings, ſchon nach dem eingangs Angeführten dieſe Anſicht, die dem Erbbeſitze partikuläre Geltung in Deutſchland vindicirt, durchaus nicht die allgemeine. Im Gegentheil beſtand über dieſe Geltung eine Schulcontroverſe, die in zahlreichen Diſſertationen behan-

---

[62]) Cludius, Rer. quotid. lib. I n. 9—55, 144, 172 ss.
[63]) Elem. jur. I. p. 582 s.
[64]) H. Berger, El. proc. § 34. Meiſcheider S. 160.
[65]) Leyser specimen 370. 4; 371. 5 (Meditat. ad Pandectas).

delt worden ist[66]). Als Hauptgegner Carpzov's wird Hahn genannt. Es wird nicht zu leugnen sein, daß mit der Zeit die Anhänger des reinen römischen Rechts das Uebergewicht in diesem Streit gewonnen haben. Wie überall die germanistische Opposition gegen das Civilrecht sich nicht halten konnte, wenn sie sich nicht auf ein allgemeines Rechtsbewußtsein im Volke stützte, so auch hier.

Aehnliches, kann man von vornherein annehmen, wird auch von der damaligen Gerichtspraxis gelten. Denn die Scheidung zwischen dieser und der Theorie war damals nur in geringem Maß vorhanden. Wie Tausende die blutige Praxis der criminellen Weisheit Carpzov's an sich selbst erfahren mußten, wird auch mancher Erbe dank der Jurisdiktion desselben Mannes sich eines possessorischen Schutzes zu erfreuen gehabt haben.

Freilich auch für die Praxis soll uns gleich die Belehrung abfertigen, daß die camera imperialis den Erbbesitz nicht angenommen, daß er in foro praesertim saxonico assidue et constanti judicio verworfen sei[67]). In der That lassen sich denn auch zahlreiche Urtheile in dieser Richtung anführen. Wir nennen nur aus der Tübinger Spruchpraxis I, 125 n. 71 ss. (von 1705), IX, 10 n. 63 ss. (1740), aus der Marburger II, 14 n. 217, IV, 48 n. 280.

Zunächst finden sich aber zahlreiche Uebergänge zum Erbbesitz.

Erstlich läßt man allgemein bei der actio spolii den Beweis älteren Besitzes genügen. Man braucht also nur darzuthun, daß Erblasser irgend einmal besessen und nun Verklagter besitze, um den Prozeß — den Gegenbeweis

[66]) S. Runde, Deutsches Privatrecht § 681.

[67]) Reinhart in Christinaei Decisiones IV dec. 26 n. 3 i. f. Cons. Marpurg. III. 20 n. 41. Berger, El. proc. § 34.

rechtmäßigen Besitzüberganges auf Letzteren vorbehalten — zu gewinnen[68]). Erkenntnisse der Fakultäten zu Marburg und Frankfurt a. O. präsumiren dann sogar direkt beim Erben den Besitz, d. h. körperliche Apprehension[69]).

Ein Göttinger Erkenntniß schützt den Erben possessorisch, wenn dem Erblasser der Besitz durch ein Manutenenzdekret adjudizirt war[70]); ein Marburger Spruch dann, wenn der Erbe nicht in der Lage war, sich durch eigene Handlung des Nachlasses körperlich zu bemächtigen[71]). Letzteres gibt dem Erben ferner unter allen Umständen die Spolienklage.

Ein Tübinger Erkenntniß statuirt endlich den Erbbesitz allgemein[72]); übereinstimmend damit ein Leipziger Spruch von 1649[73]). Auch die Helmstädter Sentenz von 1719 bei Leyser med. V. spec. 175 hat wol gleichen Inhalt[74]).

Aus den Jahren 1818 und 1824 gibt es schließlich zwei Erkenntnisse des O.A.G. zu Cassel, die gleichfalls den Erbbesitz annehmen[75]).

Diese Beispiele werden die Stellung der Praxis hinreichend charakterisiren. Wir werden danach als Ergebniß dieser Darstellung folgenden Satz aufstellen können: Anders wie in Frankreich und Italien, hat Deutschland das heimathliche Institut des Erbbesitzes nicht festgehalten, aber

---

[68]) Marp. II, 10 n. 71. Bruns, Besitz im MA. S. 230.
[69]) Marp. III, 20 n. 39 — ib. III, 8 n. 74, IV. 34.
[70]) Aus Reinhardt ad Christinaeum bei Pfeiffer a. a. O. 204.
[71]) Marp. III, 20 n. 41. 81. Uebrigens nur nach Lehurecht.
[72]) Tub. III 222, n. 80 ss.
[73]) Carpzov a. a. O.
[74]) Leyser a. a. O.
[75]) Pfeiffer a. a. O.

Deutſchland iſt auch weit davon entfernt geweſen, daſſelbe ohne Kampf preiszugeben. Es iſt bis in die neueſte Zeit der Erbbeſitz nicht völlig antiquirt geweſen. Noch Böhmer ſpricht ſich zweifelhaft aus und lehnt den Erbbeſitz keineswegs entſchieden ab [76]).

[76]) J. H. Boehmer. Exerc. ad Pand. c. II § 7 ad 43 tit. 1.

IV. Der Erbbesitz und die modernen Codifikationen.

§ 8.

1. Das Preußische Landrecht.

Die modernen Codifikationen sind nur zum Theil Produkte selbständiger Erfindung auf dem legislativen Gebiet; ihre Grundlage ist, oft den Gesetzgebern unbewußt, das alte Recht. So lebt auch der Erbbesitz in diesen neuen Gesetzen fort.

Für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts ist seine Geltung Gegenstand einer alten Streitfrage. Man hat sich von beiden Seiten die Entscheidung derselben sehr leicht zu machen gesucht. In Wahrheit ist die Frage recht schwierig [1]).

[1]) Literatur: Das Beste gibt das Erk. des Obertribunals (Entsch. XVIII S. 1 ff.). Sonst sind gegen den Erbbesitz Gruchot, Beiträge V S. 479 ff., Pr. Erbrecht I S. 48 ff. Förster, Klage und Einrede S. 269 f. (S. Krit. Ztschr. I. S. 607), Theorie und Praxis des Preuß. Privatrechts III S. 85 ff. IV S. 266 f. Gaupp, Jur. Boruss. de acquir. hered. quaest. p. 15 ss. Koch, Besitz S. 185; Commentar zum A.L.R. (Aufl. VI) zu § 111. 146. I, 7. § 368, I, 9; Erbrecht S. 77 ff. Ergänzungen zu den Preuß. Rechtsb. von Rönne u. s. f. (Aufl. 6) S. 271. 402. Fürstenthal, Pr. Civilrecht S. 842. Gengler, Lehrbuch II S. 1353. Roth, Bayr. Civilrecht III. S. 687 Note 4. Für den Erbbesitz sind

Auf der einen Seite hat man ganz einfach gesagt, der Besitz als ein Faktum sei unvererblich, seinem Begriffe nach[2]). Es sei also unmöglich, daß das Landrecht die Besitzvererbung bestimmt habe; also — müsse Erbe wie jeder Andere den Nachlaß apprehendiren. Die stolze Sicherheit, mit der dieser Satz auftritt, steht aber natürlich der Erkenntniß nicht im Wege, daß er nicht mehr und nicht weniger als ein Trugschluß ist. Denn er läßt einfach unbeachtet, daß außer seiner eigenen Alternative noch eine dritte Möglichkeit vorliegt, der Erbbesitz in unserem Sinne, d. h. ein Besitz, der für den Erben ipso jure entsteht. Jedenfalls hätte es wol ein Wort der Erläuterung gelohnt, daß auch diese Möglichkeit dem preußischen Besitzbegriff nach eine Unmöglichkeit sei: vielleicht hätte sich dann gezeigt, daß dies Wort doch nicht so ganz leicht zu finden sei. In der That, wenn der Erbbesitz, wie wir ausgeführt haben, Jahrhunderte lang in den meisten Ländern Europas gegolten, wenn er in unzähligen Erkenntnissen praktisch zur Ausführung gebracht worden, was soll man dann eigentlich von einer Ansicht sagen, die den Erbbesitz als widersinnig a limine abweist? Der Satz, daß alles Wirkliche vernünftig sei, gilt doch am Ende auch außerhalb der Hegel'schen Philosophie.

Auf der Gegenseite ist man freilich nicht minder ungründlich zu Werk gegangen. Von einer logischen Be-

v. Daniels Lehrbuch S. 218 f. nr. 190 (desselben „System" enthält nichts Hergehöriges). Grävell (S. Koch, Besitz S. 185 Note 3), Burchardi (Krit. Ztsch. I S. 607). Randa, Besitz (2. Aufl. 1876) S. 357. Strohn bei Striethorst, Archiv XVIII S. 349. Vermittelnd Heydemann, Einleitung S. 352. Dernburg, Preußisches Privatr. S. 311 Note 11 gibt in der Note unsere Ansicht, als Sinn des Gesetzes, im Text dagegen lediglich die des Obertribunals!

[2]) Entsch. XVIII S. 49. Förster, Privatrecht IV a. a. O.

gründung des Erbbesitzes ist bei seinen Anhängern keine Rede gewesen, und es ist wirklich keine Breviloquenz, wenn sie stets geradezu von Besitzvererbung, einem begrifflichen Undinge, sprechen. Auch ist ihr Hauptargument einfach werthlos: es habe das A.L.R. I. 9, § 368 den Uebergang der Erbschaft ipso jure bestimmt, es habe damit ein Institut des alten deutschen Rechts wiederhergestellt, wie es in dem Sprüchwort: Der Todte erbt den Lebendigen, Ausdruck findet, und dessen Inhalt sei zugleich die Besitzvererbung [3]). Soll man gegen diesen bündigen Beweis wirklich noch ernsthaft einwenden, daß die Redaktoren des Landrechts doch möglicherweise jenen § 368 aus praktischen Gründen und nicht im geringsten einer germanistischen Reminiscenz zu Liebe verfaßt [4]), daß sie, selbst das Letztere angenommen, doch möglicherweise das alte Recht mißverstanden, den possessorischen Inhalt des fraglichen Instituts übersehen, daß sie aber auch bei voller Kenntniß dieses Inhalts doch möglicherweise denselben absichtlich aus dem Spiel gelassen und nur ein Bruchstück deutschen Rechts wiederhergestellt haben [5]). Man kann im besten Falle von einer Möglichkeit reden, daß das alte deutsche Recht des Erbgangs in seinem vollen Umfange im Landrecht hat reaktivirt werden sollen. Daß dies aber auch

[3]) Daniels und Heydemann a. a. O. Dagegen hat Koch, Besitz, die Entdeckung gemacht, daß Schilter Erfinder des Erbbesitzes sei.

[4]) Eine Reminiscenz liegt doch vor, wenn man sich, nicht wenn man Andere erinnert. In der That erwähnt Suarez zu dem § 368 nur praktische Gründe (Jahrb. f. Pr. Ges. S. 12).

[5]) Dies nimmt das Obertribunal an, und beruft sich dabei auf Runde (D. Privatrecht S. 683), der gleichfalls von Besitzvererbung nichts wissen wolle. Doch will freilich ein solch Zitat noch nicht viel besagen, zumal aus einem Buche, dessen erste Auflage erst 1791 erschienen ist.

nur wahrſcheinlich ſei, dagegen ſpricht, daß die Einheit des genannten Rechtsinſtituts dem Bewußtſein ziemlich ganz entſchwunden war[6]), und daß ferner gerade das gemeine Sachſenrecht, auf deſſen Boden ja das Landrecht im Allgemeinen mit ſeinen bewußten germaniſtiſchen Neuerungen ſteht, den reinen römiſchen Erbſchaftserwerb recipirt hatte[7]).

Der Erbbeſitz nach preußiſchem Rechte bedarf einer gründlicheren Unterſuchung.

Der preußiſche Beſitzbegriff iſt dem römiſchen ganz nah verwandt. Gerade wir, die wir mit der herrſchenden Konſtruktion des Letzteren nicht einverſtanden ſind, können das um ſo eher ſagen; gerade wir brauchen den zahlreichen Abweichungen vom römiſchen Rechte, welche einige preußiſche Juriſten zu der Erklärung verführt haben, im Gegenſatz zu dem römiſchen Beſitz ſei der preußiſche ein Recht, keine Thatſache, eine weſentliche Bedeutung nicht beilegen.

Die Redaktoren des Landrechts haben ſich, ſowenig wie ein Ulpian oder Paullus den Begriff des Beſitzes völlig zur Klarheit gebracht. Ganz wie dieſe haben ſie nun poſitiv beſtimmte Gründe für den Beſitzverluſt namhaft gemacht und dadurch einfach erwieſen, daß für ſie der Beſitz in ſeiner Fortdauer etwas von dem Beſitz in ſeinem Erwerbe Grundverſchiedenes ſei. Namentlich § 122, A.L.R.

[6]) Z. B. haben Lübeck und Hamburg den Erbſchaftserwerb ohne Antritt, wiſſen dagegen vom Erbbeſitz nichts, wogegen umgekehrt die meiſten Schriftſteller, die wir im vorigen Paragraphen als Anhänger deſſelben nannten, aditio hereditatis verlangen. Pauli, Erbrecht der Blutsfreunde (1841) S. 130 f. Trummer, Hamburger Recht S. 77—85. Gries, Commentar zum Hamburger Stadtrecht. S. 240.

[7]) Haubold, Lehrb. des Kgl. Sächſ. Privatrechts (Ausg. 2. 1829, S. 359). Curtius, Handb. (1799) §§ 905. 909. S. auch oben S. 94.

I, 7 ergibt dies zur Evidenz. Somit ist denn auch nach preußischem Recht der Besitz seiner Substanz nach nichts als die Produzibilität der Sachherrschaft. Die Apprehension aber ist demgemäß nur ein vom Gesetz erforderter, zum Besitz äußerlich hinzutretender Umstand; in gleicher Weise kann also ein Besitzerwerb durch reine Rechtsvorschrift eintreten.

Die Redaktoren haben sich alles das natürlich nicht klar gemacht. Aber andererseits darf man auch nicht sagen, daß sie darum mit der heutigen Jurisprudenz den Erbbesitz als unmöglich verneint haben müßten. Wer sich unbefangen in den Gedankenkreis derselben zu versetzen vermag, wer namentlich erwägt, daß man zu jener Zeit ziemlich allgemein den Besitz für ein einfaches dingliches Recht erklärte und demgemäß behandelte, daß ferner Suarez und Genossen gerade in dieser Materie am römischen Rechte zu ändern fanden, wird es sogar für an sich wahrscheinlich erachten, daß das preußische Recht dem Erbbesitz huldigen würde.

Hat das preußische Recht dies aber wirklich gethan? § 48 I, 7 spricht sehr dagegen, § 111 ff. eod. sehr dafür.

§ 112 h. t. (I, 7) bestimmt negativ, daß mit dem Verluste der Gewahrsam, d. i. mit dem in contrarium agi des corpus — cf. § 111 h. t. — der Besitz noch nicht beendigt sei. Wann geht er denn nun aber verloren? Offenbar ist hier nur die Alternative möglich: entweder wird jetzt das Gesetz die Fälle einzeln bestimmen, in denen dies geschieht, oder aber diese Bestimmung liegt bereits im Begriff des Besitzes. Im letztern Fall ist zu erwägen, daß nach § 3 h. t. der Besitz aus zwei Faktoren, aus corpus und animus besteht. Daß nun aber für die Fortdauer des Besitzes die des corpus nöthig sei, verneint

§ 112 ausdrücklich, und das Gleiche thut § 114 für den animus, da der vollkommene Verluſt der Willensfähigkeit (Wahnſinn, Tod) für ſich allein den Beſitzverluſt nicht bewirkt. Der Beſitzbegriff läßt uns hier alſo rathlos, wir ſind auf die einzelnen poſitiv beſtimmten Fälle des Beſitzverluſtes angewieſen, und unter dieſen iſt der Tod nicht aufgeführt. Einen Sinn kann das nur haben, wenn man annimmt, daß der Beſitz für vererblich hat erklärt werden ſollen.

Hiergegen wäre nun einzuwenden, daß die Redaktoren gar leicht einen Fall des Beſitzverluſtes, der ihnen überdies ſelbſtverſtändlich erſchienen, überſehen haben können. Wir wollen dies einſtweilen zugeben, uns aber jedenfalls die gleiche Freiheit erbitten, auch den § 48 h. t. für ungenau zu halten, indem er den einen Fall des Erbgangs außer Augen läßt.

Und nicht einmal für ungenau! Denn es ſcheint uns kaum zweifelhaft, daß § 49 ausdrücklich den Fall der Univerſalſucceſſion von der Regel des § 48 ausnimmt.

Man nehme zunächſt den Paragraphen für ſich und interpretire ihn ſeinem Wortlaut nach. Würde er mit dem Wort „Beſitzergreifung“ enden, ſo wäre natürlich jeder Zweifel an unſerer Deutung ausgeſchloſſen. Was ſoll nun aber der Zuſatz? Wir dächten, ſollte er wirklich bedeuten, daß in dieſem Fall nicht eine jede einzelne Sache apprehendirt zu werden braucht, d. h. etwa die Ergreifung eines Stückes genügt, ſo müßte doch ſtatt des bloßen Artikels „der“ das entſcheidende „jeder“ geſetzt werden. Und was ſoll dann das ſchleppende „in Anſehung“, zumal, wie in unſern Ausgaben, mit einem Komma davor, wo doch der einfache Genitiv („keiner Beſitzergreifung aller einzelnen Sachen“) ausreichte? Wir deuten darum anders: der und

der „bedarf keiner Besitzergreifung". Wozu bedarf er sie nicht? Offenbar doch zur Erlangung des Besitzes an dem Inbegriff oder an den einzelnen darin enthaltenen Sachen. Ebendies scheint uns mehrdeutig zwar, aber doch nicht ungeschickt, jener Zusatz ausdrücken zu sollen. Während man also gewöhnlich das „in Ansehung u. s. f." zu „Besitzergreifung" zieht (das doch auch in § 48 ohne solches Objekt steht), nehmen wir es zu „bedarf". Da nun überdies § 49 nach der herrschenden Interpretation nichts besagte, was nicht ganz klar bereits in § 53 eod. enthalten wäre [8]), da überdies nicht abzusehen ist, warum § 49 alsdann nur von derivativem Besitzerwerbe spräche, so ist nach aller Wahrscheinlichkeit unsere Deutung die allein sinn- und sachgemäße.

Möglich freilich bleibt auch die herrschende Interpretation, und man hat gemeint, sie aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen sogar als nothwendig zu erweisen [9]). Es fehlte nämlich dieser Paragraph im ersten Entwurfe; man machte das Monitum, daß es bei einer universitas juris keiner Besitzergreifung aller einzelnen Stücke bedürfe. Goßler bemerkte dazu, daß dies der Vollständigkeit wegen hinzuzufügen sei, und nunmehr erscheint in den folgenden Entwürfen des Gesetzbuchs unser Paragraph eingeschoben.

Das erscheint so schlagend, daß man versucht ist allen Widerstand aufzugeben. Indeß finden sich auf derselben Seite der Materialien zu unserm Landrechtstitel zwei weitere Monita, die beide den successor universalis von

---

[8]) Nur die Erwähnung der Rechte ist in § 49 neu.

[9]) Erk. a. a. O. S. 6 f.

[10]) Materialien des allg. Landrechts. (Ztsch. für wiss. Bearbeit. des preuß. Rechts III S. 232.)

der Regel des § 48 ausgenommen wiſſen wollen. Goßler bemerkt zu dem zweiten derſelben: „dürfte der Mißdeutung wegen beizuſetzen ſein“; und nunmehr, u. ſ. f. ganz wie oben!

Man ſieht, jene Nothwendigkeit der herrſchenden Deutung iſt nicht ganz ſo ſtreng wie ſie ſchien, zumal wenn man bedenkt, daß das erſterwähnte Monitum zu § 26 (jetzt 46 f.), die beiden letztgenannten aber zu § 27 (jetzt 48) gemacht ſind, und unſer Zuſatzparagraph auf § 27 (48) folgt, zumal, wenn man weiter bedenkt, daß das erſte Monitum durch § 53 h. t. erledigt iſt oder wenigſtens hier vollſtändig zu erledigen geweſen wäre.

Jedenfalls läßt ſich nun aber ein Schluß aus dieſer Entſtehungsgeſchichte mit Beſtimmtheit ziehen. Mag nun § 49 den Beſitzerwerb durch Erbgang betreffen oder nicht, das ſteht feſt, daß einer der Hauptredaktoren des Landrechts den Erbbeſitz ſelbſt ohne ausdrückliche Anerkennung im Geſetz für ſelbſtverſtändlich nahm. Sein Amendement war ſomit lediglich ein redaktionelles, deklaratoriſches. Was hätte nun aber ſelbſt eine Ablehnung eines ſolchen in dubio zu bedeuten? Man erinnere ſich doch nur an unſere modernen parlamentariſchen Gebräuche. Wenn ein Hauptmacher eines Geſetzentwurfs, der Kommiſſionsreferent z. B. irgend einen Zuſatz beantragt, um Mißverſtändniſſe zu vermeiden, und das Haus lehnt ohne weitere Erklärung ſolch einen Vorſchlag ab, heißt das im Zweifel: das Haus hält die vermeintlich mißverſtändliche Auffaſſung für die richtige, oder erachtet einen ausdrücklichen Proteſt dagegen für überflüſſig? Sicher das Letztere. Somit ſtatuirt denn entweder § 49 ausdrücklich den Erbbeſitz, oder er galt für ſelbſtverſtändlich und ward ſtillſchweigend zum Geſetz erhoben. Jedenfalls iſt aber der Gedanke doch für beſeitigt zu halten, daß etwa der Tod des Beſitzers als

ſelbſtverſtändlicher Aufhebungsgrund für den Beſitz gegolten, und als ſolcher in das Geſetz hineinzudeuten ſei.

Dem gegenüber kann die conſtante Praxis des Obertribunals [11]), welche auch vom Erben nach § 48 h. t. „Beſitzergreifung" als Vorbedingung des poſſeſſoriſchen Schutzes verlangt, umſoweniger in die Wagſchaale fallen, als derſelbe Gerichtshof umgekehrt den Singularſucceſſor, wenn ſein Auktor beſaß, von dieſer Regel, übrigens wol kaum mit Recht, entbindet [12]). Wir glauben, das ziemlich zweifelloſe Reſultat unſerer Unterſuchung iſt: Der Erbbeſitz ſteht im Gebiet des allgemeinen Landrechts heutzutage in Kraft und Geltung.

§ 9.

2. Die andern Codifikationen.

Für die andern neueren Codifikationen iſt die Frage nach der Geltung des Erbbeſitzes durchweg eine einfachere.

Dem römiſchen Recht folgt in Deutſchland das bairiſche Landrecht und das neue ſächſiſche Geſetzbuch. Das öſterreichiſche Recht, ſowohl die Codifikation von 1811, als der neue Entwurf, den Erbſchaftserwerb betreffend, ſchweigt über die Frage, werden aber beide eben darum romaniſtiſch zu deuten ſein, obwohl die öſterreichiſche Gerichtspraxis dem Erbbeſitz zuzuneigen ſcheint [13]).

[11]) Präj. v. 13/9. 1842. Plenar-Beſchl. v. 7/11. 1849. (Entſch. 18 S. 3. Striethorſt, Archiv 47, S. 30.) S. auch Entſch. Band 42 S. 43. Der dritte Senat des O.-T. war zeitweilig unſerer Anſicht (Entſch. 18. S. 3). Das O.-T. beruft ſich gegen uns noch auf Stellen wie § 243. 245 I, 12 § 160 I, 17: hier iſt aber überall das Erbrecht beſtritten, und damit auch der Erbbeſitz. In § 242, I, 12 iſt aber offenbar „Beſitz" nicht techniſch zu nehmen.

[12]) Entſch. 42 S. 45. Dagegen auch Förſter, Privatr. III S. 44.

[13]) Gruchot, Erbrecht S. 54. — Sächſ. bürgerl. Geſetzb. § 2281.

Dem deutschen Prinzip huldigen das Züricher Privatrechtliche Gesetzbuch, das jetzt auch ziemlich unverändert in verschiedenen andern Cantonen der Schweiz gilt[14]), und der von Breidenbach ausgearbeitete Entwurf für das Großherzogthum Hessen-Darmstadt, letzteres mit der eigenthümlichen Motivirung, daß der animus beim Erben fingirt würde, die detentio aber fortbestehe, bis sie in contrarium acta sei[15]). Das badische Landrecht endlich erklärt sich, dem code civil folgend, gleichfalls für eine Vererbung von „Besitz und Gewähr“[16]).

Außerhalb Deutschlands sind sämmtliche neuere Codifikationen, von der griechischen abgesehen, dem Erbbesitz beigetreten.

Das gilt erstlich von dem Burgerlyk Wetboek[17]) für die Niederlande und ferner vom codice civile italiano[18]).

2288. — Oesterreich wurde früher seltsamer Weise durchgehend unter den Staaten aufgeführt, die wenigstens, was den Uebergang der Rechte angeht, dem germanistischen Prinzip des Erbschaftserwerbs huldigten. So selbst Beseler S. 638. S. dagegen Unger, Oesterr. Privatr. VI, S. 146 f. S. 168. Randa, Erwerb der Erbsch. S. 13. Besitz (II. Aufl.) S. 356. Ueber den Entw. des Sächs. Gesetzb. Delbrück, dingl. Klage S. 295.

[14]) Wenigstens für Intestaterben; der heres ex testamento erwirbt aber schon durch bloßen Antritt der Erbschaft und mit rückwirkender Kraft. Gesetzb. 1986. 2082. 2123. 493. S. auch den Entw. zum Sachenrecht IV, 2. I, § 819. In diesem Gesetzbuch haben wir den „ideellen Besitz“ mit positiver Geltung ausgestattet. Im Entwurf hieß es sogar, daß Erbe als „Besitzer“ gelten sollte, auch ohne daß er „reellen“ Besitz ergriffen habe.

[15]) Randa, Erwerb S. 14, Besitz S. 356.

[16]) Renaud S. 407.

[17]) Art. 597: Het bezit van alles wat en overledene heeft bezeten gaat, van het oogenblik van zijn overlijden, over tot zyne erfgenamen. Cf. Art. 880. 1002. Professor Goudsmit hat uns mitgetheilt, daß man in Holland in diesem Satz allgemein die successio in possessionem, nicht bloß eine accessio possessionis fände.

[18]) Libro III art. 925: Il possesso dei beni del defunto passa

Das gilt aber namentlich auch vom französischen Recht. Es blieb dies, germanistisch, wie es in seinem Erbrecht überhaupt ist, dem le mort saisit le vif treu und verordnet Art. 724:

> Les héritiers legitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.

In den Artikeln 1004 und 1006 wird dann der légataire universel für den Fall, wo keine Notherben vorhanden, dem Intestaterben gleichgestellt, ein Satz, der erst nach langem Widerstande Seitens der Anhänger des alten Rechts, namentlich Maleville's durchgesetzt worden.

Man hat nun freilich gesagt, der code civil enthalte kein Wort von einer Besitzvererbung[19]). Wir müssen auch zugeben, daß der zitirte Artikel kein Muster von Klarheit und Präzision ist. Aber man wird doch wol annehmen dürfen, daß die Redaktoren des badischen Landrechts mit maßgebenden französischen Juristen Fühlung gehabt haben werden, und diese haben, wie schon erwähnt, das seisis in Art. 724 mit „Besitz und Gewähr" wiedergegeben. Wenn man aber weiter erwägt, daß das französische Recht den Erbbesitz gekannt hat, seitdem es überhaupt schriftliche Rechtsaufzeichnungen hervorgebracht, daß das neue Gesetzbuch überhaupt im Erb- und Besitzrecht am Alten festzuhalten neigte, daß es nun die Wirkung des Erbewerdens mit dem Worte bezeichnet, das von jeher Besitz bedeutet und überdies gerade dem Erbbesitz in dem volksthümlichsten aller Rechtssprüchwörter Ausdruck gegeben hatte, da sollte doch wahrlich aller Zweifel

---

di diritto nella persona dell' erede, senza bisogno di materiale apprensione.

[19]) Randa, Erwerb S. 14.

ſchwinden. Das neueſte franzöſiſche Recht hat den Erbbeſitz ſo gut wie das alte [20]).

[20]) So auch Marcadé, explication du code Napoléon, III, p. 33: les héritiers se trouvent être non pas seulement propriétaires, mais aussi possesseurs des biens par lui laissés. Zachariä IV S. 65 ff. Frey, Lehrbuch des franz. Civilrechts II S. 208 f. Thibaut, franz. Civilrecht § 233.

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933